



**Università di Pisa**

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**Lo "strano caso" del provvedimento di espulsione dello  
straniero irregolare in stato di detenzione**

Candidato

Relatore

Carolina Bargagna

Chiar.mo Prof Luca Bresciani

Anno Accademico 2013-2014

# INDICE

## *Introduzione*

### **Capitolo I**

#### **Evoluzione normativa dell'istituto dell'espulsione**

<b>1</b>	Le politiche dell'immigrazione fino all'avvento del regime fascista	4
<b>2</b>	La chiusura xenofoba: il codice Rocco e il T.U.L.P.S.	13
<b>3</b>	La presenza degli stranieri nel sistema costituzionale	15
<b>4</b>	La prima disciplina organica in tema di immigrazione: la legge Martelli	23
<b>5</b>	Il testo unico dell'immigrazione	28
<b>6</b>	La legge "Bossi – Fini"	32
<b>7</b>	L'attuale regime dell'espulsione (cenni e rinvio)	33

### **Capitolo II**

#### **Le tipologie di espulsione**

##### Premessa

<b>1</b>	Espulsione prefettizia – amministrativa	36
1.1	Presupposti	
1.2	Tipicità delle fattispecie espulsive	
1.3	Requisiti dell'atto	
<b>2</b>	Espulsione ministeriale	46
1.1	Presupposti	
<b>3</b>	Espulsione giudiziaria	50
3.1	Espulsione come misura di sicurezza	
3.1.1	Presupposti	

- 3.1.2 Cause ostative all'applicazione
- 3.2 Espulsione come misura sostitutiva
  - 3.2.1 Presupposti
  - 3.2.2 Cause ostative all'applicazione
- 3.3 Espulsione come misura alternativa (cenni e rinvio)

## **Capitolo II**

### **Stranieri irregolari e finalità rieducativa della pena**

<b>1</b> Applicabilità delle misure alternative agli stranieri	64
<b>2</b> Può la rieducazione essere circoscritta entro limiti nazionalistici?	75
<b>3</b> I confini della della finalità rieducativa nei confronti del detenuto straniero	84

## **Capitolo IV**

### **L'espulsione ex art. 16 t.u.: misura alternativa atipica o sanzione amministrativa?**

<b>1</b> La disciplina contenuta nell'articolo 16	87
1.1 Presupposti	
1.2 Cause ostative	
1.3 Profili procedimentali	
1.4 L'intervento novellistico operato con il D.L. 146/2003	
<b>2</b> La natura giuridica della misura	110
2.1 Un rimedio al sovraffollamento?	
<b>3</b> Considerazioni conclusive	117

## **Bibliografia**

## **Introduzione**

Può una misura di diritto penitenziario configurarsi come una sanzione meramente amministrativa? La misura alternativa dell'espulsione è un istituto alquanto ambiguo di diritto penitenziario. Solitamente, tali misure perseguono la funzione rieducativa prevista Costituzionalmente dall'articolo 27 attraverso attività e prescrizioni risocializzanti, finalizzate alla correzione del reo e al suo recupero. L'espulsione, nata come istituto amministrativo, nel momento in cui viene applicata al detenuto straniero irregolare, viene a scontrarsi con quella che dovrebbe esser una delle funzioni più importanti della pena, esaltandone solamente il carattere afflittivo. Il detenuto straniero irregolare, difatti, si viene visto applicare un trattamento completamente diverso dagli altri detenuti, anche stranieri, ma regolari o non extracomunitari. Attraverso l'analisi della nascita dell'istituto in ambito amministrativo, i vari approcci politici alla figura dell'immigrato irregolare e in seguito attraverso l'analisi della misura alternativa dell'espulsione nello specifico, è interessante soffermarsi a riflettere sulla natura di tale misura e su quali conseguenze possiamo trarre nell'evidenziare tale differenza di trattamento nei confronti dello straniero irregolare detenuto.

# **Capitolo I**

## **Evoluzione normativa dell'istituto dell'espulsione**

**Sommario:** 1 Le politiche dell'immigrazione fino all'avvento del regime fascista - 2 La chiusura xenofoba: il codice Rocco e il T.U.L.P.S. - 3 La presenza degli stranieri nel sistema costituzionale - 4 L'Italia come paese d'immigrazione: la legge Martelli - 5 Il testo unico dell'immigrazione - 6 La legge Bossi – Fini - 7 L'attuale regime dell'espulsione (cenni e rinvio)

### **1 Le politiche dell'immigrazione in seguito all'unità**

Dal momento dell'unificazione sino ad oggi, l'Italia ha subito un cambiamento radicale, divenendo, da paese di emigrazione, un paese di immigrazione. Dagli anni '70 in poi, in seguito all'aumentare del flusso migratorio degli stranieri nel nostro paese, il fenomeno dell'immigrazione ha assunto sempre più un carattere rilevante, obbligando il legislatore a predisporre delle norme idonee al controllo e alla soluzione di eventuali problematiche tra esigenze di sicurezza e controllo dei flussi migratori da un lato e tutela dei diritti fondamentali dall'altro. Nell'analizzare l'istituto dell'espulsione e la sua evoluzione, in particolare l'arrivo alla misura alternativa, non posso esimermi dall'analizzare anche l'approccio politico che è stato attuato nei confronti degli stranieri, essendone, tale istituto, un suo prodotto.

La legislazione del trattamento degli stranieri ha seguito indirizzi politici differenti, diversi a seconda del periodo storico. In seguito all'unificazione, e fino all'avvento della Repubblica, possiamo tuttavia distinguere una serie di caratteristiche costanti nella disciplina di ingresso, soggiorno ed espulsione degli stranieri<sup>1</sup>.

La prima costante fu la convinzione che l'ingresso ed il soggiorno rappresentasse l'esercizio di una naturale libertà dell'uomo, sulla quale l'autorità pubblica dovesse vigilare, al fine di impedire che ne potesse derivare pregiudizio per l'ordine e la sicurezza.

Secondo punto, fu l'incerta collocazione dei limiti di tale libertà, tra le norme penali e quelle di polizia. L'espulsione venne configurata, infatti, sia come sanzione penale, conseguente alla condanna per reati di particolare natura o gravità, sia come una misura di polizia di sicurezza, disposta sulla base di una valutazione di pericolosità sociale. Difatti, solamente nell'arco temporale di vigenza del codice Zanardelli l'espulsione quale sanzione penale venne cancellata dalla legislazione.

Altra costante fu, poi, l'assenza o fragilità delle garanzie giurisdizionali a tutela del trattamento giuridico degli stranieri immigrati.<sup>2</sup>

Ciò che rimase, e ancora oggi persiste, è l'idea che lo straniero sia quasi esclusivamente una fonte di pericolo, e che l'unica politica possibile per reprimere questo pericolo sia l'attuazione di misure protettive e di respingimento o espulsione, piuttosto che di integrazione.

---

<sup>1</sup> Cfr. G. SIRIANNI, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999, p. 1.

<sup>2</sup> G. SIRIANNI, *Op. Cit.*, p. 1.

Questo atteggiamento, inizialmente, fu meno accentuato. L'Italia risorgimentale, all'alba dell'unità appena raggiunta, non fu né xenofoba, né percorsa da nazionalismo chiuso verso contributi esteri. La presenza degli stranieri fu una costante nell'Italia preunitaria, sia a causa dei commerci, sia tramite l'occupazione militare e la subordinazione politica, partecipando al Risorgimento stesso.<sup>3</sup>

Lo status giuridico dello straniero nel Regno d'Italia era stato definito con una serie di disposizioni dettate dal Codice Civile del 1865 e dalla legge sull'ordine pubblico del 1865. Gli stranieri godevano degli stessi diritti civili degli italiani ed erano soggetti a forme di sorveglianza analoghe che solitamente si andavano a concentrare su girovaghi e nomadi, sui senza dimora, i senza lavoro e sugli indigenti. L'art. 3 del codice civile del 1865 prevedeva, infatti, che *“Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini”* e non contemplava alcun riferimento al principio di reciprocità riconoscendo una piena equiparazione dello straniero al cittadino. Il principio di reciprocità veniva richiamato solamente laddove lo straniero non risultasse residente all'interno del territorio italiano.<sup>4</sup> La norma in questione era l'evidente riflesso di un momento storico nel quale l'Italia si presentava come un Paese caratterizzato da forti processi migratori ed esprimeva la consapevolezza dei politici dell'epoca che il riconoscimento di pieni diritti agli immigrati avrebbe potuto favorire il riconoscimento di eguali

---

<sup>3</sup> L. EINAUDI, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, 2007, p. 3.

<sup>4</sup> E. ZANROSSO, *Manuale pratico di ingresso e consizione degli stranieri in Italia*, 2006, p. 49.

diritti agli italiani all'estero.<sup>5</sup> Le norme specifiche per gli stranieri erano poche e poco osservate. Questi potevano essere respinti ai confini se non in possesso di documenti validi di identificazione, o in mancanza di mezzi di sussistenza. Quelli già presenti in territorio italiano potevano essere espulsi in caso di condanna penale per decisione dell'autorità giudiziaria o se erano considerati pericolosi per l'ordine pubblico come sanzione amministrativa dalla polizia.

Eccetto casi particolari, ad esempio certe tipologie di gruppi ritenuti sovversivi, l'atteggiamento generale del governo era nella maggior parte dei casi di *laissez-faire*.<sup>6</sup> Turisti, intellettuali, banchieri e lavoratori venivano accolti e integrati naturalmente e senza particolari condizioni. Ricoprirono, addirittura, posizioni politiche e vennero fondati appositi istituti con finalità culturali che arricchirono il panorama intellettuale italiano del periodo coinvolgendo numerose personalità straniere.

La presenza straniera non si riduceva però a banchieri o a intellettuali. Vi furono anche esclusi e sorvegliati speciali, a cominciare da esponenti dell'immigrazione politica, tra i quali gli anarchici, che erano particolarmente temuti.<sup>7</sup> Gli anarchici, quelli russi specialmente, furono il gruppo che spaventò maggiormente la polizia italiana. Venivano particolarmente sorvegliati in quanto ritenuti portatori di idee pericolose e sovversive. Furono usati strumenti come la detenzione preventiva, le condanne a pene detentive,

---

<sup>5</sup> L. A. COLARUSSO, *L'Istituto dell'espulsione dello straniero dall'unità di Italia ad oggi, Profili storico giuridici*, in [www.sarannoprefetti.it](http://www.sarannoprefetti.it)

<sup>6</sup> L. EINAUDI, Op. Cit, p. 27-28.

<sup>7</sup> L. EINAUDI, Op. Cit, p. 20.



l'ammonizione o il domicilio coatto, o più semplicemente: l'espulsione.<sup>8</sup>

La diffidenza si dirigeva anche verso i nomadi e altre minoranze, data la loro diversità culturale vennero definiti dagli antropologi criminali positivisti dell'Ottocento come delinquenti antropologici<sup>9</sup> e a fronte di questa reputazione esecrabile, i governi reagivano spesso con l'espulsione e occasionalmente con deportazioni verso le colonie o con tentativi falliti di stabilizzazione e assimilazione forzata, come avvenne in Austria e Spagna, ma anche con persecuzioni di polizia e carcerazioni.<sup>10</sup> Come con gli anarchici stranieri, le autorità usavano come strumenti di controllo della popolazione zingara il respingimento rinvio alla frontiera, le espulsioni, la carcerazione.<sup>11</sup>

L'espulsione era prevista sia dal codice penale sia dalla legge di pubblica sicurezza.<sup>12</sup> Gli artt. 439 e 446<sup>13</sup> del codice penale prevedevano in capo all'autorità giudiziaria il potere di espellere lo straniero quale pena accessoria per i reati di vagabondaggio e mendicizia, previa autorizzazione del Ministro dell'Interno.<sup>14</sup>

La legge di P.S. riconosceva all'amministrazione dell'Interno il potere di procedere alla espulsione degli stranieri condannati per reati contro la

---

<sup>8</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 23.

<sup>9</sup> Cfr. E. ZACCHERINI, *Diversità o devianza? Minori zingari e risposte giudiziarie*, in *Osservatorio comunale delle immigrazioni di Bologna, Osservare le migrazioni. Metodi, leggi, studi di caso, l'Harmattan*, Torino 1998, pp. 19-78, p. 24.

<sup>10</sup> Vedi F. D. VAUX DE FOLETIER, *Mille ans d'histoire des tziganes* cit, pp. 76-77.

<sup>11</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 25.

<sup>12</sup> La legge di pubblica sicurezza è del 20 Marzo 1865 n. 2248 all.B), [www.sarannoprefetti.it](http://www.sarannoprefetti.it)

<sup>13</sup> L'art 439 del codice penale disponeva che: " Ove i vagabondi dichiarati tali siano stranieri, saranno espulsi dai Regii Stati; ed in caso vi rientrassero saranno espulsi con il carcere estensibile ad un anno. " L'art 446, comma 2, del codice penale stabiliva che: " Se il mendicante è straniero, avrà luogo quanto disposto dall'art 439. "

<sup>14</sup> L'autorizzazione del Ministro era prevista all'art. 86 regolamento di attuazione della legge di p.s.-Regio decreto 18.5.1865 n. 2336. [www.sarannoprefetti.it](http://www.sarannoprefetti.it)

proprietà. Oltre alle ipotesi previste espressamente per legge esisteva poi, secondo l'opinione prevalente, una generica potestà di espulsione riservata all'amministrazione per motivi di sicurezza pubblica, fondata sui principi generali dell'ordinamento e sulla norma che conferiva a tutti gli ufficiali di p.s il compito di "vegliare sull'osservanza delle leggi e del mantenimento dell'ordine pubblico" (art. 9 legge di p.s) <sup>15</sup>

All'art. 73, della medesima legge, si prevedeva che in caso di espulsione dello straniero *“qualora non sia possibile conoscere la nazionalità ed il luogo dove possa essere avviato o ricevuto, la stessa autorità politica potrà assegnargli un luogo di confino, sino a che si possa procedere alla sua espulsione”*. E questa norma viene vista da molti come l'avvio della pratica di trattenimento degli stranieri negli appositi centri di identificazione che ancora oggi sono presenti sul suolo italiano. <sup>16</sup>

Proprio per la grande presenza di individui stranieri, alla fine dell'800 emerse l'esigenza, da parte della dottrina italiana, di chiarire meglio la natura del diritto di soggiornare e di possibili ed eventuali limiti. Nel dibattito italiano vennero a contrapporsi due teorie dottrinali: la prima, di indirizzo giusnaturalistico, riteneva che il diritto al soggiorno fosse una libertà civile, qualificandolo come "diritto di incolato", e facendone derivare la conseguenza

---

<sup>15</sup> F.P. CONTUZZI, *Espulsione di stranieri*, in Digesto Italiano Vol XI, 1895-1898, pag 1015. La circolare del Ministero dell'Interno 14.10.1885 prevedeva che in caso di arresto o spontanea presentazione dello straniero attinto dal provvedimento di espulsione, gli ufficiali di p.s. dovevano verificare se la espulsione era avvenuta per motivi di sicurezza pubblica, o per effetto di sentenza di un magistrato e, a seconda dei casi denunciarlo all'Autorità giudiziaria per la pena prevista dall'art. 117 delle leggi di p.s o dall'art 439 del cod. pen.

<sup>16</sup> I. GJERGJI, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una “terra di nessuno” tra ordine giuridico e fatto politico*, in <http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2006/novembre/art-gjergji-trattenimento.pdf>

che non potesse essere assoggettato ad una generale clausola di ordine pubblico. Il diritto di soggiorno incontrava, sì, dei limiti, ma solamente per gli stranieri condannati, configurando l'espulsione come una pena, o una pena accessoria, ma mai come una misura di polizia.<sup>17</sup>

L'opinione prevalente, tuttavia, affermava che il potere di espulsione degli stranieri rappresentava una prerogativa assoluta della sovranità, ritenendola legittima e sforzandosi di limitarne l'applicazione ai soli stranieri la cui presenza potesse rappresentare una minaccia per la vita civile.<sup>18</sup> In questa seconda teoria, il diritto dello straniero a soggiornare si trasformava da diritto soggettivo in semplice interesse legittimo, riconosciuto e tutelato solamente a discrezionalità dell'autorità rispetto alle esigenze dell'ordine pubblico.<sup>19</sup>

Il diritto di soggiorno non veniva contemplato positivamente nell'ordinamento italiano, bensì derivava in negativo dalle norme attributive del potere di limitare il diritto in questione, ossia le norme di polizia degli stranieri.

Con la revisione della disciplina concernente l'ingresso e l'espulsione dello straniero, operata nell'ambito della riforma della legge di pubblica sicurezza e del codice penale, venne accolta la concezione del diritto incolato dello straniero a soggiornare.

Nel codice penale Zanardelli del 1889 venne cancellata la figura dell'espulsione intesa come sanzione penale, ritenendo che svolgesse esclusivamente una funzione preventiva e non afflittiva, e che dovesse quindi

---

<sup>17</sup> Cfr G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 5.

<sup>18</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 6.

<sup>19</sup> G. SIRIANNI, *Ibidem*.

essere riservata esclusivamente all'amministrazione. Vennero inserite, all'interno del T.U. di pubblica sicurezza 30.6.1889 n. 6144 e del relativo regolamento<sup>20</sup>, una serie di ipotesi di espulsione, nell'intento di chiara ispirazione garantista di limitare e definire l'azione della polizia. Le due fattispecie previste erano: l'espulsione dello straniero condannato per delitto e l'espulsione per motivi di ordine pubblico. La prima era di competenza dei prefetti di provincia, la seconda del Ministro degli Interni che doveva valutare la pericolosità sociale del soggetto, per poi rimettere al prefetto il compito di dare esecuzione.<sup>21</sup> La commissione del delitto costituiva la base per un giudizio di una sostanziale pericolosità del soggetto e dunque l'espulsione trovava la sua giustificazione nell'evitare futuri perturbamenti dell'ordine pubblico.

Se il Prefetto non riteneva opportuno emanare il provvedimento espulsivo allora ne riferiva al Ministro dell'Interno al quale spettava la decisione finale e, se del caso ordinare allo stesso Prefetto l'espulsione.<sup>22</sup>

Il Ministro dell'Interno, invece, poteva, in base all'art. 90 della legge di p.s., ordinare "per motivi di ordine pubblico" l'espulsione e la conduzione alla frontiera dello straniero di passaggio o residente nel Regno. La nozione di ordine pubblico comunque era interpretata molto elasticamente in modo da far sì che il provvedimento potesse riguardare anche i vagabondi mendicanti o indigenti. C'era però l'esigenza di distinguere caso per caso le situazioni con

---

<sup>20</sup> Rispettivamente nella legge agli articoli 90, 91, 92, 93 e nel regolamento 87,88, 89, 90.

<sup>21</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p.10-11.

<sup>22</sup> L. A. COLARUSSO, Op. Cit..

speciale riguardo agli stranieri che loro malgrado si trovavano in situazione di indigenza ed emigravano con l'obiettivo di migliorare la loro condizione.<sup>23</sup>

In questa riforma fu apprezzabile l'intento liberale, individuando analiticamente le ipotesi in cui fosse necessaria l'espulsione, senza invece disciplinare i casi in cui gli stranieri erano ammessi a soggiornare. Tuttavia a queste aperture si accompagnavano i limiti dell'assenza totale di norme procedurali che vennero sostituite dall'uso di circolari, che regolavano minuziosamente le problematiche collegate all'identificazione e ai provvedimenti di espulsione<sup>24</sup> e la completa scomparsa di scena dell'autorità giudiziaria nonostante se ne sentisse sempre più la necessità anche a livello internazionale.<sup>25</sup>

Le garanzie giurisdizionali alle quali lo straniero avrebbe potuto ricorrere erano praticamente nulle in quanto la dottrina maggioritaria riteneva che la posizione dello straniero si configurava come mero interesse legittimo e solamente alcuni prospettavano la possibilità di adire la IV sezione del Consiglio di Stato. Per le espulsioni prefettizie si ammetteva la possibilità di ricorrere al Ministro dell'Interno, o di richiedere la revoca per le espulsioni da lui decretate.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Vedi L. A. COLARUSSO, Op. Cit.

<sup>24</sup> L. A. COLARUSSO, Op. Cit.

<sup>25</sup> L'Istituto di diritto internazionale nella sezione di Ginevra del 1892 proponeva che “*Fosse riconosciuto ad ogni individuo espulso il diritto di ricorrere ad un' Alta Corte giudiziaria od amministrativa, giudicante con piena indipendenza dal governo*”. In F.P. CONTUZZI, Op. Cit., p. 1031, in L. A. COLARUSSO, Op. Cit.

<sup>26</sup> G. GUIDI, *Espulsione, repulsione, internamento degli stranieri*, in Enciclopedia Giuridica, 1911, p. 379. Si ammetteva altresì che lo straniero espulso potesse rivolgersi all'agente diplomatico o consolare della sua nazione, al fine di chiedere un intervento che consentisse alle autorità locali di rivedere la posizione dello straniero.

## **2 La chiusura xenofoba: il Codice Rocco e il T.U.L.P.S.**

Con la Grande Guerra, e in seguito con il fascismo, questa apertura liberale ebbe fine e la politica degli stranieri prese una piega restrittiva. I due conflitti aumentarono le tensioni politiche economiche e sociali, alimentando atteggiamenti xenofobi e di sospetto. Gli stranieri, da persone solamente potenzialmente pericolose divennero immediatamente sospette. Si sostituì, nel nuovo codice civile, al principio di equiparazione tra straniero e cittadino, la clausola di reciprocità; si cancellò il divieto di estradizione per i reati politici; si ritornò all'espulsione come misura di carattere penale.<sup>27</sup>

Il processo di chiusura ebbe inizio con tutta una serie di obblighi e limitazioni racchiusi in un provvedimento eccezionale e temporaneo, poi costantemente rinnovato.<sup>28</sup>

Questo sistema di controlli con il fascismo divenne sempre più pressante e stabile. La legislazione in vigore fu costituita: dal Codice civile del 1939, dal Codice di procedura civile, dal regio decreto sul soggiorno degli stranieri in Italia, dalla legge di pubblica sicurezza e dal suo regolamento di attuazione.<sup>29</sup>

Nel 1929 venne creato un registro per la registrazione degli stranieri e nel 1931 il nuovo T.U. di pubblica sicurezza, il così detto TULPS<sup>30</sup>, introdusse

---

<sup>27</sup> Cfr. G. SIRIANNI, op. cit., p. 12

<sup>28</sup> G. SIRIANNI, op. Cit., p. 12. Trattasi del R.D. 2 Maggio 1915, n. 634.

<sup>29</sup> Art 6, 21, 114 del Codice civile del 1939; art. 105, 106, 107 del Codice di procedura civile; dal r.d. 25 maggio 1923 n.64 sul soggiorno degli stranieri in Italia; artt. 142-149 del r.d. 18 giugno 1931 n. 773; artt. r.d. 6 maggio 1940 n. 635

<sup>30</sup> R.D. 18 giugno 1931, n. 773, Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, in Gazzetta

l'obbligo di notificare alla polizia l'arrivo e la domiciliazione di qualsiasi straniero entro le 72 ore dal passaggio della frontiera<sup>31</sup>, e l'obbligatorietà del permesso di soggiorno. Tale documento indicava identità, nazionalità, luogo di residenza, durata della residenza, impiego e situazione patrimoniale.<sup>32</sup> . Questo regolamento in realtà non prevedeva un vero e proprio permesso, ma semplicemente l'obbligo di dar 'contezza' di sé alle autorità entro tre giorni dall'arrivo in Italia, in modo tale da poter accertare l'eventuale pericolosità del soggetto. In mancanza di tale pericolosità veniva rilasciato un nulla osta, che poteva comunque essere rivisitata in qualsiasi momento del soggiorno.<sup>33</sup> Solo con il regolamento di esecuzione tale documento divenne obbligatorio. Lo straniero che commetteva un reato, su decisione del ministro dell'Interno poteva venire espulso. L'espulsione veniva pronunciata con decreto del Ministro dell'Interno, di concerto con il Ministro degli Affari Esteri, e con l'assenso del Capo del governo. Lo straniero non poteva rientrare nel territorio italiano senza una particolare autorizzazione del Ministro dell'Interno.<sup>34</sup> Tale assetto di leggi rimase, nella sostanza, immutato fino al 1986, sebbene fossero

---

ufficiale, n. 146, 26 giugno 1931.

<sup>31</sup> Art 142, R.D. 18 giugno 1931, n 773, " *Gli stranieri hanno l'obbligo di presentarsi, entro tre giorni dal loro ingresso nel territorio dello Stato, all'autorità di pubblica sicurezza del luogo ove si trovano, per dare contezza di sé, e fare la dichiarazione di soggiorno.* "

<sup>32</sup> Art 261, R.D. 6 maggio 1940, n. 635, " *La dichiarazione di soggiorno degli stranieri, della quale e' parola nell'art. 142 della legge, dev'essere fatta in iscritto, mediante scheda, conforme all'annesso modello, munita della firma del dichiarante. In essa lo straniero deve indicare: a) le proprie generalita' complete e quelle dei congiunti di eta' non superiore ai sedici anni, che lo accompagnano; b) la nazionalita' e il luogo di sua provenienza; c) la data e il valico d'ingresso nel Regno; d) lo scopo della sua venuta in Italia; e) quanto tempo presumibilmente vi si tratterra'; f) il luogo dove ha preso abitazione; g) se e quali beni immobili rustici o urbani possieda, a qualunque titolo, nel Regno; h) se e quale professione, industria o commercio o lavoro eserciti o intenda esercitare nel Regno, in nome proprio, o in societa', con altri o per conto altrui; i) la religione professata e la razza cui appartiene.* "

<sup>33</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 13

<sup>34</sup> Art 150 e 152, R.D. 18 giugno 1931, n 773

state ideate per una ben minore e limitata presenza straniera, ad eccezione di alcune misure regolamentarie secondarie che intervennero in alcuni ambiti specifici.<sup>35</sup>

### **3 La presenza degli stranieri nel sistema costituzionale**

Con l'avvento della Costituzione si ha un ribaltamento dell'approccio alla materia dedicata agli stranieri. Innanzitutto la giuspubblicistica liberale riconduceva il diritto dello straniero a fare ingresso e a soggiornare nel territorio alle norme del diritto pubblico e di conseguenza vi riconduceva la presenza di un interesse legittimo. Tale disegno era minato dall'indeterminatezza dei poteri conferiti all'autorità di pubblica sicurezza, alla quale era demandata la valutazione di pericolosità del soggetto, sottratti dal controllo giurisdizionale.<sup>36</sup>

Con la Costituzione repubblicana del 1948 si viene a costituire una cornice di garanzie molto più ampia di quella proposta dalla tradizione liberale, che si risolveva solamente nell'affermare che i limiti del diritto di circolare nel territorio italiano dovessero derivare da legge e non da regolamento, ma che lasciava comunque al legislatore una discrezionalità ampia (basti pensare che potevano esser ritenute legittime le espulsioni di massa laddove queste fossero state consentite dalla legge).<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 32-33

<sup>36</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 15

<sup>37</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 16



La Costituzione, invece, del 1948 faceva propri i principi di non discriminazione enunciati nelle clausole aggiuntive dell'armistizio, completandoli ulteriormente. All'articolo 3 indicava la pari dignità e l'uguaglianza dei cittadini senza distinzione alcuna. Questo articolo comunque non copriva esplicitamente gli stranieri, in quanto non cittadini, sebbene ci fossero numerose interpretazioni estensive.<sup>38</sup>

L'interpretazione costituzionale della Consulta difatti avvenne nel senso di estendere anche agli stranieri l'eguaglianza nella titolarità dei diritti fondamentali<sup>39</sup>, affermando che *"Se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare quei diritti fondamentali"*<sup>40</sup>. Tale parametro di giudizio andava comunque applicato in connessione con gli articoli 2 e 10 Cost, i quali stabiliscono rispettivamente, i diritti inviolabili dell'uomo il primo e che la condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge, in conformità delle norme e dei trattati internazionali.<sup>41</sup> Subordinando così la normativa nazionale a quella internazionale, sostanzialmente si abrogò la condizione di reciprocità restrittiva che era stata imposta nel Codice civile del 1942, la quale subordinava il godimento da parte dello straniero dei diritti civili dei cittadini solo in condizioni di reciprocità.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> L. EIANUDI, Op. Cit., p. 45

<sup>39</sup> L. A. COLARUSSO, Op. Cit..

<sup>40</sup> Corte Costituzionale sentenza 120/67. Consulta Online [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni)

<sup>41</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 24

<sup>42</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 45

Le due posizioni, straniero e cittadino, rimasero in ogni caso distinte e ciò venne affermato dalla Consulta a più riprese. Difatti " *Non può escludersi che tra cittadino e straniero, benché eguali nella titolarità di certi diritti di libertà, esistano differenze di fatto che possano giustificare un loro diverso trattamento nel godimento di quegli stessi diritti.* " <sup>43</sup>. Tali differenze di trattamento sono accettabili solamente se impuntate al criterio di ragionevolezza, considerando che tra cittadino e straniero si riscontrano delle difformità nelle situazioni di fatto e nelle valutazioni giuridiche, connesse alla circostanza che il primo ha un rapporto di norma originario e permanente con lo Stato, mentre il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo. <sup>44</sup>

In materia di ingresso e di soggiorno la Corte fece salvo l'impianto del TULPS ribadendo comunque le differenze tra i due status di cittadino e di straniero; nella sentenza 104/69 difatti, pur confermando il diritto degli stranieri ai diritti inviolabili, afferma " *Il cittadino ha nel territorio un suo domicilio stabile, noto e dichiarato, che lo straniero ordinariamente non ha; il cittadino ha diritto di risiedere ovunque nel territorio della Repubblica ed, ovviamente, senza limiti di tempo, mentre lo straniero può recarsi a vivere nel territorio del nostro, come di altri Stati, solo con determinate autorizzazioni e per un periodo di tempo che è in genere limitato, salvo che egli non ottenga il così detto diritto di stabilimento o di incolato che gli assicuri un soggiorno di durata prolungata o indeterminata; infine il cittadino non può essere allontanato per nessun motivo dal territorio dello Stato, mentre lo straniero*

---

<sup>43</sup> Corte Costituzionale sentenza 104/69. In Consulta Online [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni)

<sup>44</sup> L. A. COLARUSSO, Op. Cit..

*ne può essere espulso, ove si renda indesiderabile, specie per commessi reati.*" <sup>45</sup>

Quindi, proprio su questa linea interpretativa, l'esigenza di controllare gli stranieri per motivi di ordine e sicurezza pubblica rimase, e autorizzò lo stato ospitante lo straniero a poter revocare o limitare la possibilità di circolare nel proprio territorio. <sup>46</sup>

I principi fondamentali tuttavia non potevano essere elusi, specialmente dopo le sentenze che li estendevano indistintamente tra cittadini e non, tra italiani e stranieri. Proprio per questi motivi, fu la Corte stessa ad auspicare da un lato un riordinamento della materia che potesse tener meglio conto degli interessi in gioco<sup>47</sup>, e dall'altro, ad affermare la sussistenza del diritto dello straniero alla tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti di polizia in materia di ingresso e soggiorno. <sup>48</sup>

Per molti anni la risposta non ci fu, e l'unica normativa che fu applicata fu quella scarna e restrittiva del TULPS.

Negli anni sessanta e settanta l'Italia arriva inconsapevolmente ad un punto di svolta divenendo un paese di immigrazione, sotto la spinta congiunta di tre fattori. La forte crescita economica fece espandere notevolmente il divario tra paesi in via di sviluppo e paesi ancora arretrati. Da questa evoluzione economica emerse progressivamente una domanda italiana di lavoratori

---

<sup>45</sup> Corte Costituzionale, sentenza 104/69, in Consulta Online [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni)

<sup>46</sup> Corte Costituzionale, sentenza 244/74, in Consulta Online [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni)

<sup>47</sup> Per tenere conto dell'esigenza di "*Consacrare in compiute ed inorganiche norme le modalità e le garanzie di esercizio delle fondamentali libertà umane collegate con l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri in Italia*". Corte Costituzionale sentenza 46/77 in Consulta Online [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni)

<sup>48</sup> L. A. COLARUSSO Op. Cit..

immigrati, cui venivano offerti redditi relativamente bassi per gli standard dei paesi più poveri, ma sufficientemente elevati rispetto a quelli prevalenti sempre nei loro paesi. Questa domanda ha incrociato la tendenza crescente ad emigrare dai paesi in via di sviluppo alla ricerca di migliori condizioni di vita dopo la decolonizzazione. Successivamente si aggiunse a questi primi due l'impatto della crisi demografica italiana che si manifestò con riduzione delle nascite già dagli anni Settanta.<sup>49</sup> Così l'Italia divenne oggetto di flussi migratori sempre più pressanti e affluenti. Fino agli anni '90 l'istituto dell'espulsione non ebbe modifiche significative in quanto continuò ad esser applicato il TULPS, con l'aggiunta di nuove fattispecie di espulsione introdotte dalla così detta legge Reale che disponeva in materia di tutela dell'ordine pubblico<sup>50</sup>, e dalla legge recante la disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope<sup>51</sup>.

Con il processo di comunitarizzazione poi, vi è stato necessario il recepimento di un numero sempre maggiore di direttive comunitarie in materia di stranieri. La prima diretta conseguenza di questo adattamento fu rappresentata dal fatto che il regime di polizia degli stranieri ha perso la sua originaria unità per

---

<sup>49</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 51-52

<sup>50</sup> Art 25 legge 22 maggio 1975 n. 152 " *Salvo i limiti derivanti da convenzioni internazionali, gli stranieri che non dimostrano, a richiesta dell'autorità di pubblica sicurezza, la sufficienza e la liceità delle fonti del loro sostenimento in Italia, possono essere espulsi dallo Stato.* "

<sup>51</sup> Art 81 legge 22 dicembre 1975 n. 685 " *Lo straniero, condannato per uno dei reati previsti dagli articoli 71, 72, 73, 75 e 76, secondo e terzo comma, a pena espiata, deve essere espulso dallo stato. Lo stesso provvedimento di espulsione dallo stato può essere adottato nei confronti dello straniero condannato per uno degli altri delitti previsti dalla seguente legge. Per l'esecuzione del provvedimento si applicano le disposizioni di cui agli articoli 150 e 151 del testo unico di pubblica sicurezza approvato con regio decreto 18 luglio 1931, n. 773*"

sdoppiarsi: mentre gli stranieri extracomunitari restavano soggetti alla lacunosa ed illiberale disciplina dettata dal TULPS, ai cittadini dei Paesi membri fu riservato un regime specifico, incomparabilmente più garantista. In coerenza con questo processo, che vedeva da un lato la libera circolazione dei cittadini comunitari e dall'altro invece limitazioni e discipline specifiche per l'ingresso e il soggiorno degli extracomunitari, l'Unione sentiva la necessità di rendere simili e unitarie le condizioni di permesso di soggiorno e circolazione di ogni singolo stato. Quindi, se per la creazione dello spazio unico corrisponde l'istituzione della cittadinanza europea, e della connessa libertà di circolazione e di soggiorno, i cittadini extracomunitari possono solo usufruire dello spazio unico, sulla base di condizioni che non possono essere concesse autonomamente dai singoli stati, ma devono necessariamente essere armonizzate e rese uniformi.<sup>52</sup>

Il primo prodotto di tale armonizzazione fu l'accordo di Schengen del 14 luglio 1985, ratificato dall'Italia a seguito della legge 28 ottobre 1994 n. 636. Tale accordo prevedeva, l'adozione per i paesi aderenti, disposizioni comuni sulle procedure di rilascio dei visti d'ingresso e di ammissione nel territorio, al fine di contrastare le immigrazioni clandestine e le minacce per la sicurezza.<sup>53</sup>

Per il lungo periodo, si richiedeva agli stati l'attuazione di un processo di

---

<sup>52</sup> G. SIRIANNI, Op. Cit., p. 48

<sup>53</sup> Art 7, Accordo di Schengen 14 luglio 1985 *"Le Parti si adoperano per riavvicinare nei tempi più brevi le proprie politiche in materia di visti al fine di evitare le conseguente negative che possono risultare da un alleggerimento dei controlli alle frontiere comuni in materia di immigrazione e sicurezza. Esse adottano, possibilmente entro il 1 gennaio 1986, le disposizioni necessarie al fine di applicare le proprie procedure relative al rilascio dei visti e all'ammissione sul proprio territorio, tenendo conto della necessità di garantire la protezione dell'insieme dei territori dei 5 Stati dall'immigrazione clandestina e da quelle attività che potrebbero minacciare la sicurezza."*

armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari. Esaminando, poi, la Convenzione di applicazione dell'Accordo, sottoscritta il 19 giugno 1990, emerge in modo chiaro come tale patto andasse ad incidere sulle attribuzioni di polizia degli stranieri esercitate dai singoli Stati.<sup>54</sup>

A metà degli anni settanta, a causa della crisi petrolifera del 1973, ci fu il blocco degli ingressi dei Paesi occidentali, mete tradizionali dei flussi migratori. L'Italia fu quindi oggetto di arrivo di un elevato numero di lavoratori provenienti dal nord Africa, nonché di filippini e di esuli sudamericani in fuga dalle dittature.

Con la pubblicazione dei dati del censimento generale della popolazione del 1981 si prese piena coscienza dell'inversione di tendenza del fenomeno migratorio, infatti, dalle rivelazioni dei dati risultava che per la prima volta il numero di soggetti arrivati fosse più numeroso di quelli partiti.<sup>55</sup> In questo contesto, l'assenza di una normativa specifica che regolamentasse i flussi, determinò una forte presenza di ingressi di clandestini e soggiorni irregolari, quindi si fece sempre più palese la necessità di un intervento legislativo in materia.

---

<sup>54</sup> Esso detta, infatti, puntuali disposizioni sulle modalità di attraversamento delle frontiere esterne e sulle relative sanzioni (art. 3); sulle condizioni richieste per gli ingressi per soggiorno fino a tre mesi (art. 5.); sui principi uniformi ai quali devono conformarsi i controlli di frontiera in entrata ed in uscita (art. 6); sulla armonizzazione della politica dei visti (art. 9); sulla istituzione di un visto comune per i soggiorni fino a tre mesi (art. 9); sulla istituzione di un visto comune per i soggiorni fino a tre mesi (art. 9); sulla circolazione nei paesi diversi da quello di ingresso (art. 21); sui titoli di soggiorno e sulle segnalazioni ai fini della non ammissione (art. 25); sulle misure di respingimento (art. 26). Significativa è poi la decisione di demandare il compito di specificare molti aspetti di grande delicatezza (ad esempio in materia di visti) ad un apposito organo, il Comitato esecutivo per l'applicazione della convenzione, composto dai ministri responsabili di settore (art. 113). G. SIRIANNI, *Op. Cit.*, p. 49.

<sup>55</sup> E. PUGLIESE, *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Bologna, 2006, p. 72.

Un primo passo venne dato dalla legge n. 943 del 1986, attuativa della Convenzione OIL del 1975 n. 143, che possiamo considerare la prima legge in materia di immigrazione. Tale legge introdusse le prime forme di tutela per i cittadini extracomunitari lavoratori. Tra queste furono molto importanti le norme sul ricongiungimento familiare, il divieto di privare di permesso di soggiorno il lavoratore rimasto disoccupato e sanzioni di carattere penale contro l'intermediazione, lo sfruttamento e l'impiego illegale dei lavoratori extracomunitari.<sup>56</sup> Venne prevista anche una sanatoria per i clandestini previsti sul territorio al 31.12.89: immigrati, disoccupati o occupati, e datori di lavoro dovevano dichiarare entro tre mesi presenza e attività per poter esser regolarizzati ed evitare l'espulsione, o le sanzioni penali ( nel caso del datore di lavoro).<sup>57</sup> La disciplina delle espulsioni, tuttavia, rimase disciplinata sempre dal Testo unico di pubblica sicurezza risalente al 1931. La legge <sup>58</sup> fece espressamente salve le disposizioni concernenti l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri e prevedeva all'art 17 che i lavoratori immigrati clandestinamente in Italia, in data successiva da quella dell'entrata in vigore della medesima legge, venissero immediatamente rimpatriati, così come i lavoratori clandestini che non avessero fatto domanda per la regolarizzazione.

59

---

<sup>56</sup> Legge 30 dicembre 1986 n. 943

<sup>57</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 131

<sup>58</sup> Art 17 comma 2 legge 30 dicembre 1986 n. 943, *"I lavoratori immigrati clandestinamente in Italia in data successiva a quella dell'entrata in vigore della presente legge sono immediatamente rimpatriati, con il rispetto delle garanzie e procedure internazionali relative ai diritti umani. Sono altresì rimpatriati con le stesse garanzie i lavoratori extracomunitari i quali, entro i termini previsti dalla presente legge, non abbiano inoltrato la domanda di regolarizzazione della loro posizione a norma dell'art 16 "*

<sup>59</sup> L. A. COLARUSSO, Op. Cit..

## **4 La prima disciplina organica in tema di immigrazione: la legge Martelli**

Negli anni Novanta l'immigrazione aumenta notevolmente. Il 1989 fu l'anno di svolta che cambiò sia la scena politica internazionale che quella interna italiana. La caduta della cortina di ferro rimosse il principale ostacolo all'emigrazione dei cittadini dell'Europa centro-orientale, modificando progressivamente la composizione della popolazione immigrata italiana. Ci fu una riduzione del peso dei paesi africani a vantaggio di Albania, Romania, Ucraina, Polonia e dei paesi nati dalle ceneri della Jugoslavia titina.<sup>60</sup> Per quanto riguarda l'approccio che la politica ebbe nei confronti del nuovo afflusso di stranieri, gli anni Novanta si rivelarono alquanto differenti dagli anni Ottanta, perchè il tema del controllo e della sicurezza presero il sopravvento su quello del lavoro degli immigrati. Al centro del dibattito politico vi furono le norme riguardanti l'espulsione degli stranieri illegalmente presenti e sulla forma più opportuna di tutela e garanzia da attribuire a tale istituto.<sup>61</sup> Molto incisiva fu anche l'attenzione data dai media al tema dell'immigrazione, in seguito soprattutto ad episodi di violenza e razzismo<sup>62</sup>, che risvegliò l'opinione pubblica. Claudio Martelli prese in mano la questione

---

<sup>60</sup> In *"Dati del ministero dell'Interno e Istat in Caritas-Migrates, Dossier statistico immigrazione 2005"*, XV rapporto, Idos, Roma 2005, p. 76, in L. EINAUDI, Op. Cit., p. 137.

<sup>61</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 139

<sup>62</sup> Eclatante fu l'omicidio Masslo, un rifugiato sudafricano che venne ucciso durante un tentativo di rapina.



ed elaborò i principali punti che intendeva proporre al Parlamento e, dopo un acceso dibattito<sup>63</sup>, e molte modifiche, il 22 dicembre 1989 venne approvato dal Consiglio dei ministri il decreto Martelli.

Tale legge rappresentò un punto di svolta, in quanto prima normativa organica in materia di immigrazione. Composta da 13 articoli introduce aspetti di novità, tra cui la prima disciplina dell'espulsione del cittadino extracomunitario, disciplinando con una certa precisione le varie ipotesi e rimedi giurisdizionali, abrogando dopo quasi sessant'anni le disposizioni presenti nel testo unico di pubblica sicurezza del 1931. Il potere di respingimento viene distinto da quello di espulsione, passando agli uffici di frontiera. L'espulsione diviene l'unico mezzo di allontanamento dello straniero presente sul territorio e può esser disposta nei confronti:

- Degli stranieri condannati con sentenza passata in giudicato uno per uno dei delitti previsti dall'art. 380, commi 1 e 2 del codice di procedura penale, ossia per i delitti più gravi per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in caso di flagranza;
- Degli stranieri ritenuti responsabili, direttamente o per interposta persona, anche se non ancora condannati, di violazioni gravi, in Italia e all'estero, di norme valutarie, doganali, di norme sulla tutela del patrimonio artistico, di disposizioni in materia di intermediazione di manodopera, di sfruttamento della prostituzione o di delitti contro la libertà sessuale;

---

<sup>63</sup> Per approfondimenti: L. EINAUDI, *Op. Cit.*, p. 148-149

- Degli stranieri che violano le disposizioni in materia di ingresso o soggiorno;
- degli stranieri che costituiscono una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato;
- degli stranieri appartenenti ad una delle categorie dei cosiddetti soggetti pericolosi nei confronti dei quali esistono gli estremi per l'adozione di una misura di prevenzione;
- degli stranieri che non dimostrino la sufficienza e la liceità delle fonti del loro sostentamento.<sup>64</sup>

L'esecuzione dell'espulsione come regola generale avveniva solamente con intimazione scritta del questore ad abbandonare il territorio dello Stato entro il termine di 15 giorni. Lo straniero quindi doveva abbandonare spontaneamente il territorio, cosa che nella maggior parte dei casi ovviamente non avveniva. L'accompagnamento coatto alla frontiera veniva previsto solo in casi di inottemperanza all'intimazione, ma eccezionali, decisi straordinariamente dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, oppure espulsi che non avevano ottemperato ed erano stati nuovamente catturati. La debolezza di tale procedura derivava da due fattori: la scarsità delle risorse che l'accompagnamento richiedeva, e l'opposizione dalle forze politiche e sociali alle espulsioni coattive, considerate discriminatorie e lesive della libertà individuale.<sup>65</sup>

Negli anni seguenti, i governi cercarono di rafforzare gli strumenti di

---

<sup>64</sup> E. ZANROSSO, Op. Cit., p. 57

<sup>65</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 154

espulsione amministrativa con l'accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica. Questo progetto necessitava la riduzione delle così dette espulsioni 'virtuali' (lasciate alla spontaneità e libertà del soggetto di lasciare il territorio), sebbene per gli stessi motivi destinato a fallire. La legge Martelli permise comunque di aumentare le espulsioni effettive, con un aumento dell'incidenza percentuale sul numero di stranieri colti in situazione irregolare o clandestina. Negli anni successivi il mondo politico si mostrò sempre meno resistente all'ipotesi di espulsione forzata, che comunque rimaneva ostacolata da altri fattori non facilmente eliminabili e che ancora oggi sono presenti: il costo sempre più elevato delle espulsioni, le resistenze da parte del sistema giudiziario, i problemi di accertamento dell'identità o quantomeno della nazionalità dello straniero da espellere, la difficoltà nell'ottenere la cooperazione dei paesi di provenienza nel riammettere i propri cittadini.<sup>66</sup>

Malgrado il lungo dibattito che aveva accompagnato la presentazione del decreto Martelli e la sua conversione, rimasero troppi punti irrisolti. A seconda dell'occhio che analizzava il decreto, venivano alla luce problematiche differenti, prima fra tutte la mancanza di effettività nell'esecuzione delle espulsioni (che suscitava maggiore attenzione), oppure la mancanza o incompletezza di norme a tutela dei diritti degli immigrati o della chiusura delle frontiere.<sup>67</sup> Da qui iniziarono vari tentativi di riforma che solamente nel 1995 raggiunsero maggiormente contenuto con il Decreto

---

<sup>66</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 156

<sup>67</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 173

Dini<sup>68</sup>, che all'articolo 7 conteneva una serie di procedure per le espulsioni, ma queste si aggiungevano norme sulla programmazione dei flussi, lavoro stagionale, previdenza e assistenza, ricongiungimento dei familiari, regolarizzazione. Le disposizioni principali e più controverse rimasero quelle relative ad espulsioni e regolarizzazioni. L'espulsione era prevista sia in forma giudiziaria, sia in forma amministrativa. La prima, decisa dal magistrato e disposta dal questore per chi avesse commesso un reato grave ritenuto socialmente pericoloso, o fosse stato trovato in flagranza di reato non grave o per i condannati con sentenza passata in giudicato a non oltre tre anni di reclusione. Poteva esser disposta dal giudice anche quando sussistevano elementi concreti per ritenere lo straniero persona pericolosa. A chi si opponeva a tale decreto poteva esser imposto l'obbligo di dimora e per la violazione di quest'obbligo era previsto fino ad un anno di reclusione. Quella amministrativa invece avveniva sempre tramite intimazione a lasciare il paese entro dieci giorni, veniva emessa dal prefetto, per lo straniero irregolare da più di trenta giorni. Era prevista la facoltà di ricorso al Tar entro sette giorni, che nei sette giorni successivi doveva decidere.

La mancata presentazione del documento o la sua distruzione divenivano reato, punita con arresto o ammenda. Gli espulsi non potevano rientrare in Italia per sette anni. Anche il reingresso illegale divenne punibile con la reclusione da sei mesi a tre anni.

---

<sup>68</sup> DL 18 novembre 1995, n. 489, Disposizioni urgenti in materia di politica dell'immigrazione e per la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale dei paesi non appartenenti all'Unione Europea.

Anche il decreto Dini, come la legge Martelli, prevedeva la regolarizzazione per gli stranieri, l'intenzione era quella di renderla più restrittiva, selezionando maggiormente e ammettendo solamente chi poteva dimostrare una occupazione o di averne avuta una nei mesi precedente. Tale decreto venne più volte reiterato, senza mai esser convertito.<sup>69</sup>

## **5 Il Testo Unico sull'immigrazione**

Dopo un lungo periodo di governi instabili e tecnici, nell'aprile del 1996 ci fu l'insediamento al governo di Prodi e si aprì una fase politica più stabile. Il governo si impegnò ad elaborare una nuova normativa organica sull'immigrazione, tenendo anche in conto la politica europea in materia (soprattutto gli accordi di Schengen), e della necessità di definire un quadro normativo certo generale ed unitario. Tale normativa, conosciuta come Turco - Napolitano<sup>70</sup> fu poi tradotta in un testo unico che per la prima volta raggruppava<sup>71</sup> tutte la legislazione vigente in materia di immigrazione, corredata di regolamento di attuazione.

La legge è suddivisa in sette titoli, per un totale di 46 articoli, si prefiggeva tre obiettivi: il contrasto dell'immigrazione clandestina e dello sfruttamento criminale dei flussi migratori, la realizzazione di una puntuale politica di

---

<sup>69</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 199

<sup>70</sup> Legge 6 marzo 1998, n. 40

<sup>71</sup> Il testo unico raggruppava: legge 6 marzo 1998, n. 40; legge 30 dicembre 1986, 943 (articolo 1, 2, 8, 9, 10. art 14, commi 2 e 4); r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (articoli 144, comma 2, 147, 148, 149); legge 8 agosto 1995, n. 335 (art. 3, comma 13). E. ZANROSSO, Op. Cit. p. 61

ingressi legali limitati, programmati e regolati, l'avvio di percorsi di immigrazione per i nuovi immigrati legali e per gli stranieri già regolarmente soggiornanti.<sup>72</sup>

Per quanto riguarda la materia delle espulsioni, il capo II del II titolo è integralmente dedicato al respingimento e alle espulsioni. Venivano introdotte nuove forme di diniego e di ingresso o di allontanamento, con un'incisività molto maggiore rispetto alla legge Martelli, pur assicurando una gradazione nella severità delle misure, a seconda del caso specifico. L'espulsione amministrativa veniva disposta dal ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello stato, mentre dal prefetto veniva disposta come misura di prevenzione, con possibilità di opposizione di fronte al pretore. La procedura si distingueva: per gli irregolari, rimaneva la semplice intimazione ad abbandonare il territorio in quindici giorni. Per gli espulsi dal ministro o dal prefetto, o i clandestini, si aveva l'accompagnamento della polizia alla frontiera. Venne introdotto un divieto di reingresso per cinque anni (riducibili a tre in sede di ricorso). Venne introdotta, poi, una diversa ipotesi di espulsione giudiziaria: come sanzione sostitutiva alla detenzione per pene non superiori ai due anni di carcere e anche a fine pena per chi era stato condannato per reati particolarmente gravi, sempre che fosse ritenuto un individuo socialmente pericoloso. In compenso furono introdotti dei limiti alle espulsioni riguardanti donne incinte, minori di 16 anni, detentori della carta di soggiorno, i parenti dei cittadini italiani. Sempre a rafforzamento delle

---

<sup>72</sup> E. ZANROSSO, Op. Cit. p. 58.

garanzie, fu ribadita la non espellibilità di richiedenti d'asilo in attesa di definizione della loro posizione, e in ogni caso non verso paesi nei quali la loro vita sarebbe stata a rischio.<sup>73</sup>

Nell'eseguire l'espulsione era essenziale identificare il soggetto, perchè solamente dopo l'identificazione, anche solo della provenienza d'origine del paese, era possibile far riammettere tali soggetti. Una volta chiaro tra gli immigrati clandestini che se identificati i propri paesi d'origine riammettevano i propri connazionali, si generò la pratica già diffusa di distruzione dei documenti o dell'occultamento dei documenti e dell'uso di identità fittizie multiple. Anche perchè il mancato accertamento del vero nome permetteva di poter sfuggire alle conseguenze della recidiva: colto in posizione irregolare una prima volta, avrebbe potuto dare un nome differente la seconda volta.<sup>74</sup>

Per cercare una soluzione al problema della difficoltà di identificazione degli stranieri da dover espellere, l'art 12 della legge introdusse una misura di trattenimento coattivo in nuovi centri non carcerari, per il tempo necessario a identificarli, acquisire i documenti, e nullaosta dai paesi di origine per la riammissione dei propri cittadini: i Centri di Permanenza Temporanei. Vennero chiamati temporanei perché il periodo massimo di trattenimento era di venti giorni, estendibili solamente ad altri dieci, trascorsi tali termini il provvedimento di trattenimento perdeva efficacia.<sup>75</sup> L'espulsione, quindi, invece di essere immediatamente esecutiva, veniva preceduta da un periodo di

---

<sup>73</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 217.

<sup>74</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 275.

<sup>75</sup> E. ZANROSSO, Op. Cit., p. 60.

trenta giorni, durante i quali si verificava l'identità e si convalidava il provvedimento rendendolo materialmente eseguibile. A tutela del diritto di libertà fu introdotta una forma di convalida da parte del questore entro 48 ore. Successivamente tale funzione fu attribuita ad un magistrato. Il governo, nell'istituire tali centri, si rifaceva alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 giustificandosi attraverso la previsione<sup>76</sup> che consentiva che gli Stati aderenti prevedevano "  *misure custodiali provvisorie e straordinarie preordinate all'esecuzione del provvedimento di espulsione* ".<sup>77</sup> Tali centri furono considerati fin da subito istituzioni impopolari. Una parte della magistratura ne contestò la legalità poiché riteneva che costituissero una misura di privazione della libertà personale in assenza di reato e sulla sola base in un'infrazione amministrativa. Tuttavia la Corte Costituzionale diede ragione al governo rigettando le eccezioni di incostituzionalità, ritenendo che i diritti degli immigrati erano garantiti dal controllo di merito e di forma effettuato dal giudice durante l'udienza di convalida dell'ingresso nel centro. La sentenza della Corte Costituzionale permise di rilanciare la costruzione di nuovi centri ma non impedì agli oppositori di continuare comunque ad invocare l'incostituzionalità mentre ulteriori sentenze della Corte Costituzionale sarebbero intervenute per precisare i diritti dei trattenuti.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Si veda art. 5, comma 1, lettera f, legge di ratifica 4 agosto 1955, n. 848, in L. TURCO- P. TAVELLA, *I nuovi italiani*, cit. pg. 51

<sup>77</sup> L. EINAUDI, Op. Cit., p. 218.

<sup>78</sup> Nella Sentenza della Corte Costituzionale n. 105/2001 la Corte si esprimeva sulla questione di costituzionalità sollevata dal tribunale di Milano che riteneva che il provvedimento di espulsione incidesse sulla libertà personale in quanto suscettibile di esecuzione coercitiva e dunque dovesse essere assoggettato alle garanzie dell'articolo 13 Cost. Vi sarebbe anche stata incostituzionalità per il fatto che il giudice era chiamato a convalidare la regolarità amministrativa della presenza dello straniero nel Cpt ma non il



## 6 La legge " Bossi – Fini "

Nel 2002, la nuova maggioranza di governo di centro-destra approva la legge Bossi – Fini<sup>79</sup> con l'intento di contrastare in modo più efficace l'immigrazione clandestina e migliorare la disciplina dei flussi migratori. Questa riforma ebbe caratteristiche molto restrittive, di fatto furono influenzate, come le linee evolutive delle norme internazionali o comunitarie sempre in materia di immigrazione, dagli avvenimenti terroristici che coinvolsero l'America nel settembre del 2001.<sup>80</sup>

Da quel momento in poi gli ulteriori interventi legislativi in materia furono dettati dall'esigenza di adattare le modifiche introdotte dalla 189/02 alle censure della Corte Costituzionale. Difatti, il legislatore del 2002 aveva l'esigenza di primaria di dare effettività ai provvedimenti espulsivi. Questa fu bilanciata da pronunce della Corte che hanno imposto una riscrittura del sottosistema di provvedimenti amministrativi e giudiziali finalizzati all'espulsione che tenesse conto delle garanzie e tutele giurisdizionali costituzionali applicabili agli stranieri. Sebbene da un lato vengano allungati i

---

merito. Secondo il tribunale non ci sarebbe differenza tra la detenzione nei centri e la detenzione penitenziaria e dunque tale detenzione dovrebbe essere possibile solo su decisione di un giudice e per una durata da lui decisa, entro il massimo di venti giorni. La Corte invece ritenne la convalida di 48 ore della decisione di trattenimento una garanzia di libertà in quanto " *il controllo del giudice investe non solo il trattenimento, ma anche l'espulsione amministrativa nella sua specifica modalità di esecuzione consistente nell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.* " Sempre secondo la Corte, il giudice è in possesso di tutti gli atti prima di decidere, quindi decide sul merito.

<sup>79</sup> Legge 30 luglio 2002, n. 189

<sup>80</sup> B. NASCIMBENE, Op. Cit, Pg. XLI in L.A. COLARUSSO, Op. Cit.

termini per la presentazione del ricorso espulsivo da cinque a sessanta giorni, il provvedimento assume carattere di immediata esecutività per cui può esser notificato allo straniero contestualmente alla sua esecuzione anche in presenza di opposizione da parte dell'interessato. L'unica eccezione all'immediata esecutività furono i soggetti già in precedenza titolari di un permesso di soggiorno di cui non si è chiesto od ottenuto il rinnovo. L'attenzione del legislatore si concentrò sull'effettività del provvedimento prevedendo, a tal fine, che debba esser sempre disposto l'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, ad eccezione dell'ipotesi in cui lo straniero si è trattenuto nel territorio dello stato con permesso di soggiorno scaduto. In tal caso il questore disporrà l'accompagnamento immediato alla frontiera dello straniero laddove il prefetto rilevi il concreto pericolo che questo possa volersi sottrarre all'esecuzione del provvedimento.<sup>81</sup>

## **7 L'attuale regime dell'espulsione (cenni e rinvio)**

Attualmente, l'espulsione dello straniero assume diversa natura giuridica a seconda dall'autorità che arriva ad emanarla. Le tipologie di espulsione che sono state create negli anni possono essere suddivise in tre diversi tipi di

---

<sup>81</sup> Il legislatore in realtà non prevede una espressa modalità di esecuzione delle misure di sicurezza. Quindi si propende per una interpretazione analogica per cui l'accompagnamento coattivo alla frontiera è applicabile anche in tali casi, anche se non manca chi afferma come la riserva assoluta di legge in materia di provvedimenti limitativi della libertà personale e di misure di sicurezza impedirebbe interpretazioni analogiche. P. BONETTI, in *Diritto degli Stranieri*, AAVC a cura di B. NASCIMBENE, Op. Cit, p. 488

provvedimenti: l'espulsione amministrativa, l'espulsione ministeriale e l'espulsione giudiziaria, che a sua volta si suddivide in misura di sicurezza, sostitutiva e alternativa.<sup>82</sup> Come abbiamo visto l'istituto dell'espulsione tocca da molto vicino il tema dell'immigrazione e nel tempo ha subito modifiche che hanno ampliato o ridotto la portata applicativa delle varie tipologie. In particolare, le espulsioni di tipo giudiziario sono state oggetto di numerose riforme che coinvolgevano nello specifico il settore penitenziario, essendo uno strumento che ben si presta a poter 'coadiuvare' il legislatore nel cercare di eliminare il problema del sovraffollamento delle carceri, incidendo sui flussi di ingresso negli istituti di pena. Ultimo in materia è stato il D.L. Svuota carceri 23 dicembre 2013, n. 146 convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Per approfondimenti vedi *Infra* Cap. II

<sup>83</sup> L'argomento viene analizzato e approfondito *infra* Cap. IV

## **Capitolo II**

### **L'espulsione dello straniero**

**Sommario:** Premessa. 1 Espulsione prefettizia – amministrativa 1.1 Presupposti 1.2 Tipicità 1.3 Requisiti dell'atto - 2 Espulsione ministeriale - 3 Espulsione giudiziaria - 3.1 Espulsione come misura di sicurezza 3.1.1 Presupposti 3.1.2 Cause ostative all'applicazione dell'istituto - 3.2 Espulsione come misura sostitutiva 3.2.1 Presupposti - 3.3 Espulsione come misura alternativa (cenni e rinvio)

### **Premessa**

Con il termine *espulsione* si indica comunemente tanto l'atto o provvedimento emanante da una autorità statale idoneo ad allontanare dal territorio dello Stato un cittadino non appartenente alla U.E., e a privarlo della libertà di rientrarvi per un dato periodo di tempo, tanto la successiva e complessa attività posta in essere al fine di dare esecuzione al provvedimento medesimo. Gli istituti espulsivi hanno natura mista in quanto assolvono in alcuni casi funzione sanzionatoria-repressiva, in altri di mantenimento dell'ordine pubblico. L'obiettivo principale dell'esclusione dello straniero dal territorio nazionale viene, quindi, perseguito attraverso una pluralità di istituti: con riferimento al contenuto, l'espulsione può assumere i connotati di una sanzione amministrativa in senso proprio (art. 13 comma 2 lett. A e b del testo unico dell'immigrazione), di sanzione amministrativa sostitutiva di misura di prevenzione (art. 13, comma 2 lett. c), di misura di sicurezza (art. 86 del testo unico sugli stupefacenti; artt. 235 e 312 del codice penale e dell'art. 15 del t.u.

Imm.), di sanzione sostitutiva o alternativa della pena (art. 16 t.u. Imm.) e di pena accessoria (art 26, comma 7 bis, t.u. Imm).<sup>84</sup>

## 1 L'espulsione prefettizia

Il testo unico dell'immigrazione prevede agli articoli 13 e 14<sup>85</sup> numerose ipotesi di espulsione prefettizia, distinguendole a seconda che il provvedimento venga determinato o dall'ingresso o dalla permanenza irregolare dello straniero nello stato, oppure dalla sua pericolosità sociale.

---

<sup>84</sup> S. CENTONZE, *L'espulsione dello straniero*, 2006, Pg. 3-4

<sup>85</sup> Così l'art 13, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 "1. Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri. 2. L'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, quando lo straniero: a) è entrato nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera e non è stato respinto ai sensi dell'articolo 10; b) si è trattenuto nel territorio dello Stato in assenza della comunicazione di cui all'articolo 27, comma 1-bis, o senza avere richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto, salvo che il ritardo sia dipeso da forza maggiore, ovvero quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato ovvero è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato chiesto il rinnovo ovvero se lo straniero si è trattenuto sul territorio dello Stato in violazione dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 maggio 2007, n. 68; c) appartiene a taluna delle categorie indicate nell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, come sostituito dall'articolo 2 della legge 3 agosto 1988, n. 327, o nell'articolo 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, come sostituito dall'articolo 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646." Così l'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 "5-ter. La violazione dell'ordine di cui al comma 5-bis è punita, salvo che sussista il giustificato motivo, con la multa da 10.000 a 20.000 euro, in caso di respingimento o espulsione disposta ai sensi dell'articolo 13, comma 4, o se lo straniero, ammesso ai programmi di rimpatrio volontario ed assistito, di cui all'articolo 14-ter, vi si sia sottratto. Si applica la multa da 6.000 a 15.000 euro se l'espulsione è stata disposta in base all'articolo 13, comma 5. Valutato il singolo caso e tenuto conto dell'articolo 13, commi 4 e 5, salvo che lo straniero si trovi in stato di detenzione in carcere, si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione per violazione all'ordine di allontanamento adottato dal questore ai sensi del comma 5-bis del presente articolo. Qualora non sia possibile procedere all'accompagnamento alla frontiera, si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 5-bis, nonché, ricorrendone i presupposti, quelle di cui all'articolo 13, comma 3."

## 1.1 Presupposti per l'emissione del decreto

I presupposti che legittimano il prefetto<sup>86</sup> all'emanazione dell'atto sono tre:

- che lo straniero si trovi *fisicamente nel territorio* dello Stato;
- che versi in situazione di soggiorno *irregolare* (salvo che si tratti di persona socialmente pericolosa; nel qual caso può esser emanata espulsione anche ad un titolare di permesso di soggiorno). Tale principio è valido per tutte le ipotesi di espulsione, che sia giudiziale, prefettizia o ministeriale. Ma quando è considerato regolare uno straniero? Regolare è considerato lo straniero che risulta titolare di carta di soggiorno ovvero permesso di soggiorno in corso di validità, ovvero di un titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato membro dell'Unione Europea.<sup>87</sup> Tale possesso pone una presunzione di regolarità e, perché possa esser considerata valida tale presunzione, è necessario che la regolarità formale (possesso del documento) sia coincidente con quella sostanziale (possesso dei requisiti previsti dal testo unico). Nei casi in cui tale coincidenza non vi sia, il prefetto potrà revocare il permesso, qualora le irregolarità non

---

<sup>86</sup> Per le province autonome di Trento e Bolzano, la competenza ad emettere il decreto dell'espulsione è del questore. S. CENTONZE, Op. Cit. Pg. 6

<sup>87</sup> Art 5, comma 1, D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 *"Possono soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri entrati regolarmente ai sensi dell'articolo 4, che siano muniti di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno rilasciati, e in corso di validità, a norma del presente testo unico o che siano in possesso di permesso di soggiorno o titolo equipollente rilasciato dalla competente autorità di uno Stato appartenente all'Unione europea, nei limiti ed alle condizioni previsti da specifici accordi.*

possano essere rimosse.

- che la situazione di fatto rientri in taluna delle *fattispecie tipiche* di espulsione disciplinate per legge.<sup>88</sup>

## 1.2 Tipicità delle fattispecie espulsive

Il testo unico ed il relativo regolamento di attuazione prevedono ipotesi tassative di fattispecie espulsiva. Tale tassatività viene richiesta in quanto la natura sanzionatoria del decreto di espulsione, di per sé idoneo a comprimere i diritti fondamentali dell'uomo, non può esser rimessa alla volontà del potere esecutivo, ma deve rispondere al generale principio di legalità, quindi la misura può esser disposta solamente nei casi espressamente contemplati dalla legge. Tale principio viene confermato indirettamente dall'articolo 19, comma 2 del testo unico, che pone un divieto di espulsione a carico del titolare di carta di soggiorno fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge.<sup>89</sup>

## 1.3 Requisiti dell'atto

Il provvedimento prefettizio di espulsione deve necessariamente contenere quattro elementi:

- La *motivazione* delle ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto

---

<sup>88</sup> S. CENTONZE, Op. Cit. Pg. 6-10

<sup>89</sup> S. CENTONZE, Op. Cit. Pg. 11-12

l'amministrazione ad adottare il provvedimento.<sup>90</sup> Essendo il decreto in grado di incidere negativamente sulla posizione giuridica soggettiva del suo destinatario, tale obbligo di motivare l'atto risulta essenziale in ossequio al disposto dell'art 3 della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e sarà ritenuto assolto solamente con l'esposizione delle circostanze di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato l'amministrazione ad adottare il provvedimento. La ragione di siffatto obbligo è evidentemente quella, da una parte, di consentire al destinatario di verificare la sussistenza dei motivi posti a fondamento dell'espulsione onde invocare tempestiva tutela tramite lo strumento dell'opposizione; dall'altra di mettere il giudice eventualmente investito della vicenda in condizione di esercitare il dovuto controllo giurisdizionale.<sup>91</sup> Laddove la motivazione sia inesistente o insufficiente il decreto sarà opponibile e potrà essere annullato dal giudice di pace se impugnato.

- Effettiva conoscibilità del provvedimento, che si riflette nell'esigenza di *tradurre* in lingua conosciuta dal destinatario del decreto il

---

<sup>90</sup> Art 13 comma 3 t.u. Imm.

<sup>91</sup> " *L'obbligo di motivazione del decreto prefettizio di espulsione amministrativa dello straniero – di cui terzo comma dell'art 13 d.lgs. 286/1998 – deve essere inteso in funzione dello scopo della motivazione stessa, che è quello di consentire al destinatario la tempestiva tutela dei propri diritti mediante l'opposizione, facendo, cioè, valere le proprie ragioni dinanzi al giudice chiamato ad esercitare il dovuto controllo giurisdizionale sull'atto, onde detto obbligo, pur quando non siano state indicate le norme di legge violate, deve ritenersi soddisfatto se il provvedimento, pur senza indicarli direttamente, richiami purtuttavia, anche solo in sintesi, gli elementi necessari e sufficienti dei quali, con la normale diligenza, sia possibile la cognizione certa e completa, affinché il destinatario possa individuare la violazione addebitatagli cui si riferisce la misura adottata* " così afferma la Cass. Sez. I, 07.05.02 n. 6535, LP, 5/2005.



contenuto dell'atto, ovvero ove non sia possibile, in lingua francese, inglese o spagnola (poiché lingue ritenute le più diffuse e quindi probabilmente accessibili).<sup>92</sup> Se così non fosse, anche la motivazione perderebbe la sua funzione di legalità e di tutela se non comprensibile alle orecchie del soggetto, minando l'effettivo diritto di difesa ex art 24 Cost. che, come, chiarito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 198 del 2000, deve essere garantito non solo ai cittadini comunitari, ma anche a tutti gli stranieri, sebbene presenti illegittimamente in Italia.<sup>93</sup> Perché possa ritenersi pienamente riconosciuto e tutelato il diritto di difesa dello straniero, si deve presupporre che *"Qualsiasi atto proveniente dalla pubblica amministrazione, diretto a incidere sulla sua sfera giuridica, sia concretamente conoscibile. Ciò vuol dire, con*

---

<sup>92</sup> Art. 13 comma 7 t.u. Imm.

<sup>93</sup> Corte Costituzionale 16.06.00, n. 198 " *L'art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 286 dispone che "allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti". Anche allo straniero deve quindi essere riconosciuto il pieno esercizio del diritto di difesa, sancito dall'art. 24 della Costituzione e tutelato altresì dal Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con la legge 25 ottobre 1977, n. 881, ove all'art. 13 si stabilisce che "uno straniero che si trovi legalmente nel territorio di uno Stato parte del presente Patto non può esserne espulso se non in base a una decisione presa in conformità della legge e, salvo che vi si oppongano imperiosi motivi di sicurezza nazionale, deve avere la possibilità di far valere le proprie ragioni contro la sua espulsione, di sottoporre il proprio caso all'esame dell'autorità competente, o di una o più persone specificamente designate da detta autorità, e di farsi rappresentare innanzi ad esse a tal fine". Principio analogo è poi ribadito nell'art.1 del Protocollo n. 7 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984, ratificato e reso esecutivo con la legge 9 aprile 1990, n. 98. E' da considerare, altresì, che il diritto a un riesame del provvedimento di espulsione, con piena garanzia del diritto di difesa, spetta non soltanto agli stranieri che soggiornano legittimamente in Italia, ma anche a coloro che sono presenti illegittimamente sul territorio nazionale, come testimonia la lettera dell'art. 13, comma 8, del decreto legislativo n. 286 del 1998, ov'è ripresa la formula, contenuta nell'art. 2, comma 1, dello straniero "comunque presente [...] nel territorio dello Stato".*

*specifico riferimento al decreto di espulsione, che questo deve essere redatto anche nella lingua del destinatario ovvero, se non sia possibile, in una di quelle lingue che - per essere le più diffuse - si possano ritenere probabilmente più accessibili dal destinatario. "*<sup>94</sup>

Sarà la giurisdizione di merito poi, a valutare se nella vicenda del caso specifico possa ritenersi conseguito lo scopo dell'atto, che è quello di consentire al destinatario il pieno esercizio del diritto di difesa.<sup>95</sup>

Tuttavia, l'obbligo di traduzione non comporta all'ufficio l'onere di tradurre integralmente il testo del decreto di espulsione, essendo sufficiente anche solo una traduzione succinta, purché risultino in ogni caso garantiti i diritti di difesa che la norma mira a tutelare.<sup>96</sup>

Allo stesso modo, non è necessario che il provvedimento venga tradotto nel dialetto conosciuto dallo straniero, ma è sufficiente che sia riportato nella lingua ufficiale del paese di provenienza.<sup>97</sup>

In caso di mancata traduzione, o di traduzione vaga e sintetica da

---

<sup>94</sup> Corte Costituzionale 16.06.00, n. 198

<sup>95</sup> Corte Costituzionale 16.06.00, n. 198

<sup>96</sup> Cass. 19.12.01, n. 16032, CED 551246 " *Il diritto del cittadino straniero alla conoscenza degli atti del procedimento di espulsione, previsto dall'art 13 del t.u. Sull'immigrazione, non impone, all'autorità amministrativa, che di quegli atti ha l'obbligo di dare comunicazione all'interessato nella lingua del paese d'origine o a lui conosciuta, di provvedere alla loro traduzione integrale, essendo una traduzione, " anche sintetica " idonea a garantire sufficientemente il diritto di difesa, che la norma citata intende presidiare. "*

<sup>97</sup> Cass. 13.04.04, n.6993, CED 572015 " *In tema di immigrazione, la traduzione del decreto di espulsione nella lingua ufficiale del Paese al quale appartiene lo straniero soddisfa il requisito posto dall'art. 13, comma settimo, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in termini di presunzione legale di conoscenza. E' pertanto irrilevante che l'espellendo possa essere, magari a cagione del suo eventuale analfabetismo, non in grado di intendere neanche l'idioma che il suo Paese ha adottato come lingua ufficiale, essendo da escludere che dalla citata norma possa ricavarsi la necessità che l'atto sia comunicato allo straniero anche mediante traduzione nel dialetto dal medesimo comprensibile. "*

rendere indeterminata la contestazione espulsiva<sup>98</sup>, la giurisprudenza ha affermato che il provvedimento è da ritenersi affetto da nullità insanabile.<sup>99</sup>

- *Avvisi*

Il settimo comma dell'art. 13 t.u. Immigrazione dispone che il decreto di espulsione e il provvedimento di trattenimento vadano comunicati all'interessato unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione e ad una traduzione della lingua da lui conosciuta. Tale norma va letta in combinato disposto con l'art. 3, comma 4, della legge 241/90<sup>100</sup> sul procedimento amministrativo e con l'art. 3, comma 3 del regolamento di attuazione del t.u. Immigrazione<sup>101</sup>. Risulta *de quo* che l'avviso debba esser inserito nel corpo del provvedimento, e quindi vada anch'esso tradotto in lingua veicolare.

Il quarto comma, del medesimo articolo 3 del regolamento di attuazione, prevede, poi, che il decreto di espulsione debba contenere l'avviso che lo straniero, in caso di opposizione, abbia il diritto ad essere assistito da un difensore di fiducia e possa chiedere di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato. Questi è altresì informato

---

<sup>98</sup> Cass. 9 maggio 2003, n. 7085, in *Stranieri*, 2003.

<sup>99</sup> Cass. 8 novembre 2001, n. 13817, CED 50083 *"In tema di espulsione amministrativa dello straniero, la "ratio" dell'art 13, comma settimo, del d.lgs. n.286 del 1998, [...] è quella di consentire allo straniero la comprensione della misura e l'apprestamento della difesa. Ne consegue che la traduzione si configura come condizione di nullità di validità del provvedimento, senza che possa configurarsi la sanatoria della nullità in caso di proposizione del ricorso avverso il provvedimento di cui si tratta. "*

<sup>100</sup> *"In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità a cui è possibile ricorrere"* Così recita l'art. 3, comma 4, l. n. 241/1990

<sup>101</sup> *"Il decreto di espulsione [...] contenente le modalità di impugnazione"* Così il D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394

che qualora non si avvalga della facoltà di nominare un difensore di fiducia, il giudice provvederà ad assegnargliene uno di ufficio e che le successive comunicazioni avverranno con l'avviso in cancelleria al difensore nominato o designato. L'omissione o incertezza di tali indicazioni per incompletezza o contraddittorietà, tuttavia, non costituisce motivo di impugnazione giacché, come afferma la Cassazione<sup>102</sup>, non determina l'illegittimità del provvedimento, ma può solo giustificare la rimessione in termini per errore scusabile, laddove risulti che lo straniero non abbia proposto tempestivamente ricorso.

Molto dibattuta è la questione dell'applicabilità dell'art. 7 della legge sul procedimento amministrativo relativo all'obbligo da parte del prefetto di inviare all'interessato l'avviso dell'avvio al procedimento. Sul punto vi è una sostanziale difformità di venute tra una parte della dottrina che ritiene sussistente tale obbligo, e la giurisprudenza dominante che di contro lo nega decisamente. Da una parte infatti si sostiene che: "*prima dell'emanazione del provvedimento l'amministrazione ha l'obbligo di inviare allo straniero la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo, salvo che sussistano esigenze di speciale celerità, in ottemperanza all'obbligo previsto in generale per tutti i procedimenti amministrativi dall'art. 7 legge n. 241/1990, che si deve ritenere applicabile allo straniero ai sensi della parità di trattamento con il cittadino nei rapporti con*

---

<sup>102</sup> Così Cass. 07.04.04, n. 6859

*l'amministrazione prevista dall'art. 2, comma 5, t.u.*"<sup>103</sup>.

La corte di cassazione, di contro, ha ripetutamente negato che le garanzie ex art. 7 l. n. 241/90 possano estendersi alla procedura dell'espulsione: *"la necessità di dare comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, non si estende alla procedura di espulsione dello straniero."*<sup>104</sup> Tale posizione è stata assunta ora in ragione delle esigenze di celerità e speditezza che connotano l'iter delle espulsioni<sup>105</sup>, ora in ragione del fatto che il procedimento prefettizio ha carattere interamente vincolato, da escludere qualsiasi forma di discrezionalità da parte dell'amministrazione che richiederebbe la partecipazione dello straniero<sup>106</sup>.

In ultimo, il decreto prefettizio di espulsione deve contenere l'indicazione della durata del divieto di reingresso nel territorio dello Stato, ma solo se detto termine è inferiore a dieci anni. In assenza di

---

<sup>103</sup> B. NASCIMBENE, *diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 241

<sup>104</sup> Così Cass. 15 ottobre 2003, n. 15390

<sup>105</sup> *"In tema di espulsione amministrativa dello straniero, l'autorità procedente non ha nessun obbligo, ex art. 7 della legge 241/1990, di comunicare allo straniero stesso l'avvio del procedimento, in quanto, trattandosi di procedimento improntato a indubbe esigenze di celerità (come è dato desumere dalle norme di cui agli art. 13 e 14 del d.lgs. n. 286/1998), l'atto che va a formarsi (e cioè il decreto di espulsione) non presuppone alcuna procedura amministrativa, ma si forma nel momento stesso in cui l'autorità verifica l'esistenza dei suoi presupposti"* Così Cass. Sez. I, 19.12.01, n. 16030

<sup>106</sup> *"In tema di espulsione amministrativa dello straniero, l'autorità che procede nei casi di ingresso e soggiorno irregolare previsti dall'art. 13, secondo comma, lett. a), b) e c), d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, non ha obbligo di comunicare – ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 – l'avvio del procedimento allo straniero, rivestendo il relativo provvedimento – nei casi predetti- carattere obbligatorio e vincolato, onde può differirsi alla sede giurisdizionale il contraddittorio tra l'autorità che emette il provvedimento e chi ne è destinatario."* Così Cass. 9 aprile 2002, n. 5050

qualunque indicazione, opera il divieto di reingresso decennale.<sup>107</sup>

- *Sottoscrizione.*

Il decreto di espulsione deve necessariamente esser sottoscritto dal prefetto, una tale mancanza, priva l'attribuibilità dell'atto al suo autore, rendendolo inesistente. La giurisprudenza, tuttavia, ha ammesso la legittimità del decreto sottoscritto dal vice prefetto vicario, anziché dal prefetto, a nulla rilevando la mancanza dell'espressa menzione delle ragioni di assenza o impedimento del prefetto, in quanto il prefetto può, di diritto esser sostituito dal vicario in tutte le sue funzioni.<sup>108</sup>

## 1.4 Cause ostative

Il potere della p.a. È sempre giustificato da ragioni di ordine pubblico. Vi sono dei casi, però, in cui dette esigenze vengono meno in quanto entrano in conflitto con valori di cui gli stranieri sono portatori, anche se irregolarmente soggiornanti, che sono altrettanto meritevoli di tutela per il nostro ordinamento, quali la preservazione dal pericolo di persecuzione, la tutela del fanciullo, il diritto all'unità familiare ed il diritto alla salute. In queste ipotesi il dovere del prefetto di procedere ad espulsione finisce dove cominciano i diritti insopprimibili dell'individuo. L'art. 19<sup>109</sup> determina quali siano queste

---

<sup>107</sup> S. CENTONZE, Op. Cit., p. 23- 25

<sup>108</sup> Così Cass. 6 giugno 2003, n. 9094

<sup>109</sup> Art. 19 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 "1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di

"categorie protette" degli stranieri:

- *Stranieri a rischio di persecuzione.*
- *Minori*
- *Coniugati o imparentati con cittadino italiano*
- *Donne in gravidanza puerpere e rispettivi mariti*
- *Stranieri titolari di carta di soggiorno*

## **2 Espulsione ministeriale**

L'art. 13 del t.u. Immigrazione prevede il provvedimento di espulsione disposto dal ministro dell'interno. La ratio di conferire a due soggetti pubblici (prefetto e ministro) la potestà di adottare provvedimenti di espulsione va ricercata nella diversa intensità di tutela dell'ordine pubblico che gli stessi soggetti sono chiamati a salvaguardare. Difatti, attraverso l'espulsione prefettizia lo stato persegue l'interesse pubblicistico di regolamentare e rendere effettivi i flussi migratori, mentre con l'espulsione ministeriale lo Stato

---

*condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana ; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono. 2-bis. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate."*

pone in essere, per così dire, uno strumento di auto conservazione delle istituzioni e dell'ordinamento costituzionale, ponendole al riparo da minacce od attentati promananti dall'esterno. Come ribadito da una pronuncia del TAR Lazio, infatti, il provvedimento ministeriale di espulsione rappresenta una risposta ad una situazione di *"reale rischio per la salvaguardia di quel bene primario che è costituito dalla conservazione del nostro sistema costituzionale"*<sup>110</sup>. Ed è proprio in ragione di questa maggiore intensità di livello di allarme sociale che si giustifica la recente scelta legislativa di affidare la figura istituzionale apicale il potere di adottare tale provvedimento anche per motivi di terrorismo, come introdotto dal decreto legge n.144/2005. La maggior pregnanza dell'interesse perseguito con l'espulsione ministeriale rispetto a quella prefettizia, si ripercuote, tuttavia, sulla posizione soggettiva di chi ne subisce in concreto gli effetti, al punto da legittimare veri e propri atti di imperio, anche arbitrari, dello Stato nei confronti dello straniero attinto da espulsione. I diritti perfetti dello straniero di fronte al provvedimento di espulsione ministeriale divengono affievoliti a meri interessi legittimi, ampiamente e discrezionalmente comprimibili dall'autorità statale. Il destinatario del decreto, infatti, viene allontanato immediatamente dal territorio dello Stato, anche se titolare di regolare permesso o carta di soggiorno, e perfino se minorenne, e gli strumenti di tutela giudiziaria offerti dal legislatore allo straniero sono più apparenti che reali.

---

<sup>110</sup> TAR Lazio, sez. I ter, 10 dicembre 2004, inedita.



## **2.1 Presupposti**

Ai sensi dell'art. 13, comma 1, t.u. Immigrazione, il Ministro dell'interno, per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato può disporre l'espulsione dello straniero, anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei ministri ed al Ministro degli esteri.

Trattasi di un provvedimento altamente discrezionale, com'è dimostrato dalla estrema genericità dei presupposti: infatti le formule "motivi di ordine pubblico" e "motivi di sicurezza dello Stato" sono notevolmente elastiche potendo comprendere un'ampia gamma di comportamenti. La natura eccezionale e residuale dell'espulsione ministeriale è desumibile dalla previsione di esecuzione coercitiva ed immediata, dalla sua applicabilità anche ai titolari di permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo (ex carta di soggiorno) e, in generale, nei confronti dei soggetti inespellibili ai sensi dell'art. 19, comma 2, del testo unico. Inoltre, l'espressa previsione della previa comunicazione dell'adozione del provvedimento alla Presidenza del Consiglio dei ministri ed al Ministro degli esteri indica che si tratta di un atto appartenente alle decisioni aventi rilievo politico nazionale.<sup>111</sup>

Ai sensi dell'art. 13, co. 11 T.U., contro il decreto di espulsione in questione è ammesso unicamente ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del

---

<sup>111</sup> B. NASCIMBENE, Op. Cit. p. 443

Lazio, al pari di tutti i provvedimenti emanati direttamente dall'autorità centrale.

La scarsa giurisprudenza esistente<sup>112</sup>, ha avuto cura di precisare che *“trattandosi di atto che è rimesso all'organo di vertice del Ministero dell'interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa. Alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà”*.

Il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti espulsivi per motivi di ordine pubblico o sicurezza dello Stato è dunque, secondo la giurisprudenza amministrativa di legittimità, ridotto ad un vaglio estrinseco volto solo a verificare l'adeguatezza formale della motivazione, senza sovrapporsi o modificare la valutazione di merito espressa dall'autorità governativa.

---

<sup>112</sup> Consiglio di Stato, sez IV, 16 gennaio 2006, n. 88

### 3 L'espulsione giudiziaria

Quando l'allontanamento dello straniero avviene tramite l'autorità giudiziaria, siamo di fronte a tre tipologie diverse di espulsione, quali misura di sicurezza, sostitutiva ovvero alternativa alla pena.

#### 3.1 Espulsione come misura di sicurezza

Una delle innovazioni senza dubbio più significative del legislatore del 1930 fu quella di introdurre l'espulsione quale misura di sicurezza con il preciso intento di neutralizzare la pericolosità sociale di determinate categorie di rei.

<sup>113</sup> Tale misura viene prevista dagli articoli 235 e 312 c.p. E da altre previsioni speciali. Tale misura, forse, è la più idonea a far trasparire la logica che spinge le varie riforme in tema di immigrati regolari e che permea il sistema vigente e *"trae alimento dallo stereotipo dell'immigrato irregolare come soggetto pericoloso, presuntivamente pericoloso, per l'ordine pubblico"* <sup>114</sup> e che spesso viene edificata dai mezzi di comunicazione di massa. <sup>115</sup> Tale visione trova conferma nell'allargamento dei presupposti applicativi di tali istituti.

---

<sup>113</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1989

<sup>114</sup> Così PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, p. 67.

<sup>115</sup> Così L. CORDI', *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011, p. 12

Un'estensione che allontana l'istituto dalla ratio originaria, rinvenuta nel *"peculiare interesse sociale, politico e giuridico dello Stato di espellere lo straniero che, dopo aver subito condanna ad una pena non inferiore a dieci anni di reclusione, riveli una specifica, particolare pericolosità, nonché lo straniero che, avendo riportato condanna per delitto contro la personalità dello Stato o contro i diritti politici del cittadino, dimostri una tipica attitudine a delinquere"*<sup>116</sup> subordinandolo ad una *"prospettiva generale delle politiche del diritto in tema di immigrazione, una prospettiva che attribuisce assoluta centralità all'espulsione quale risposta privilegiata dell'ordinamento sia, soprattutto sul versante amministrativo, alle violazioni della disciplina relativa agli ingressi e al soggiorno dello straniero, sia, con la norma in esame, alla devianza (penalmente rilevante, ma) non necessariamente caratterizzata da connotati di particolare gravità"*<sup>117</sup>. Si rischia così di scivolare verso un'inaccettabile presunzione di pericolosità sociale del soggetto esclusivamente fondata sulla sua condizione di irregolarità. Il giudice, quindi, deve effettuare un'attenta opera di controllo per evitare lo svilimento dei principi di civiltà giuridica elaborati nel tempo.<sup>118</sup>

L'espulsione come misura di sicurezza viene disciplinata all'interno degli artt. 235 e 312 del codice penale, di recente rivisitazione ad opera del Pacchetto sicurezza del 2008<sup>119</sup>. La prima delle due disposizioni prevede che il giudice

<sup>116</sup> MAZZANTI, voce *Espulsione dello straniero*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1996, vol. XV, p. 914

<sup>117</sup> Così CAPUTO, *Le misure di sicurezza dell'espulsione dello straniero e dell'allontanamento del cittadino comunitario*, in AA.VV., a cura di LORUSSO, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, cit., pg. 289

<sup>118</sup> Così L. CORDI', *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>119</sup> DL 23 maggio 2008, n. 92, conv. Con modificazioni dalla l. 24 luglio 2008, n. 125.

ordini l'espulsione ovvero l'allontanamento dal territorio statale, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge<sup>120</sup>, quando lo straniero o cittadino comunitario siano condannati alla reclusione per un tempo superiore ai due anni (come modificato dal pacchetto sicurezza, prima la pena irrogata doveva esser di dieci anni). Per l'art. 312 c.p. Il pacchetto sicurezza ha aggiunto un espresso riferimento al cittadino comunitario quale possibile destinatario della misura. Per quanto riguarda le fattispecie incriminatrici per le quali in seguito a condanna si consente l'espulsione non vi sono state apportate modifiche.<sup>121</sup> Come abbiamo visto, la modifica del pacchetto sicurezza del 2008 modifica l'ambito soggettivo della norma estendendolo anche ai cittadini comunitari. Il provvedimento emanato nei loro confronti viene espressamente definito di allontanamento in conformità con le disposizioni di matrice comunitaria.<sup>122</sup>

### **3.1.1 I limiti oggettivi e i presupposti della misura**

Per quanto riguarda il presupposto del provvedimento, la disposizione

---

<sup>120</sup> Per '*casi espressamente previsti dalla legge*' devono ricomprendersi i reati previsti dal Ctitolo I del Libro II del codice penale (ossia i delitti contro la personalità dello Stato, previsti dagli artt. 241 ss., in virtù dell'espresso disposto dell'art. 312 c.p.)

<sup>121</sup> Art 312 c.p. Dispone: "*Il giudice ordina l'espulsione dello straniero ovvero l'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino appartenente ad uno Stato membro dell'Unione europea, oltre che nei casi espressamente preveduti dalla legge, quando lo straniero o il cittadino appartenente ad uno Stato membro sia condannato ad una pena restrittiva della libertà personale per taluno dei delitti preveduti da questo titolo*". Tale misura di sicurezza si riferisce ai casi in cui lo straniero abbia commesso in territorio italiano uno dei reati previsti contro la personalità dello Stato italiano e per questo si tratta di una misura di carattere speciale a dispetto di quella prevista dall'art. 235.

<sup>122</sup> Così L. CORDI', Op. Cit. p. 18

menziona testualmente la 'condanna' e ciò esclude che il tetto possa esser superato per effetto di un cumulo in sede esecutiva (altrimenti il legislatore avrebbe fatto riferimento alla pena, non alla condanna, che può anche indicare il provvedimento di cumulo esecutivo); ma la stessa menzione testuale induce a ritenere che, qualora, un unico provvedimento di condanna accerti la responsabilità per diversi reati in concorso formale o materiale tra loro, si debba considerare tale titolo, a nulla rilevando la condanna inflitta per ogni singolo reato.<sup>123</sup>

Questo non fa che aumentare le perplessità della dottrina relative alle previsioni incriminatrici suscettibili di essere ricomprese nell'alveo applicativo della norma, non necessariamente sintomatiche di una particolare pericolosità del reo. Proprio l'applicazione della disposizione ai cittadini europei termina per esasperare i profili di criticità in specie con riguardo alle disposizioni contenute nella direttiva 2004/38/CE che consentono l'allontanamento del cittadino comunitario solo nel rispetto del generale principio di proporzionalità ed a seguito di una concreta verifica del fatto che la condotta del reo abbia rappresentato *"una minaccia attuale, sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società"*.<sup>124</sup>

Per quanto riguarda le ipotesi astrattamente configurabili vi possiamo trovare:

1. la condanna relativa ad uno dei delitti contro la personalità dello Stato di cui ai capi I-IV del Libro I del codice penale: in tal caso trova

---

<sup>123</sup> Così BOTTALICO, *sub. Art. 1 d.l. 23.5.2008, n.92, conv. Con modif., in 24.7.2008, n. 125, in Leg. pen. 2009, p. 79.*

<sup>124</sup> L. CORDI', *Op. Cit.* p. 22

applicazione il disposto contenuto nell'art. 312 c.p. In ragione del titolo di reato ivi indicato;

2. condanna (che può esser sia inferiore che superiore a due anni di reclusione) per uno dei reati indicati dall'art 86 del d.p.R. 309/1990: in tali ipotesi trova applicazione lo specifico disposto contenuto nella previsione in esame e ciò sia in caso di condanna di cittadino extracomunitario o apolide che di cittadino di uno degli Stati membri dell'Unione per le ragioni esposte al paragrafo che precede;
3. condanna inferiore a due anni di reclusione per uno dei reati di cui all'art. 15 del t.u. Immigrazione: in tal caso opera necessariamente la disciplina dal d.lgs 286/1998 non registrandosi neppure una sovrapposizione con il dettato codicistico;
4. condanna superiore a due anni di reclusione per uno dei reati di cui all'art 15 del t.u. Immigrazione. Nell'ipotesi in esame si realizza come correttamente notato, "una sovrapposizione tra la disposizione codicistica e quella della legislazione speciale per la ricorrenza in entrambe dei presupposti di applicazione soggettivi ed oggettivi: neppure il *nomen iuris* del reato-presupposto aiuta, poiché l'art. 15 si riferisce ad un catalogo eterogeneo, sicché non può indiziare per l'una o l'altra norma; inoltre, a seguito della novella la disciplina delle due previsioni è identica quanto a modalità esecutive e conseguenze della violazione dell'espulsione; nondimeno, la clausola di riserva posta all'esordio dell'art. 15 TuImm induce a ritenere tale ultima disposizione

sussidiaria, sicché nell'ipotesi prevista dovrebbe applicarsi l'art 235 c.p. "

Per quanto riguarda invece i presupposti della misura di sicurezza, questi si compongono di due elementi:

- L'accertamento della pericolosità del reo ex art. 205 c.p.: tale valutazione è imposta dalla Corte Costituzionale che esclude la possibilità di automatica emissione della misura in ragione della sola sussistenza di una sentenza di condanna.<sup>125</sup> Dopo la riforma del 2008 la verifica della pericolosità è sempre più necessaria in quanto avendo la possibilità, il giudice, di adottare la misura anche per reati di non elevata gravità, gli impone un'analisi più accurata delle condizioni fattuali per una decisione che effettivamente sia sorretta da una solida motivazione.<sup>126</sup>
- Secondo requisito è la sentenza di condanna che deve ritenersi passata in giudicato. La natura di misura di sicurezza personale di tipo non detentivo comporta l'inapplicabilità in caso di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti<sup>127</sup>, salvo che la sanzione irrogata, sola o congiunta a pena pecuniaria, sia superiore a due anni di reclusione. La misura è disposta, d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero, dal magistrato di sorveglianza, previo accertamento della pericolosità del possibile destinatario<sup>128</sup>. In caso di sospensione

---

<sup>125</sup> Corte Cost. 24 febbraio 1995, n. 58, in FI, 1995, I, c. 1757.

<sup>126</sup> Pag 23 nota 35 cordi

<sup>127</sup> Cfr.: Cass. Pen., sez VI, 18 marzo 1991, Nwachwu, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 385.

<sup>128</sup> Cass. Pen., sez. II, 2 luglio 2009, Mihai, in Rep. FI 2010, Straniero, n.274.



condizionale della pena invece, non è ammessa espulsione. Ciò in conseguenza alla valutazione con la quale si esclude che il soggetto possa commettere nuovi reati in futuro<sup>129</sup>.

Infine, anche per la misura di sicurezza in esame trovano applicazione i termini generali agli artt. 207-208 c.p. Difatti, questa soluzione deve ritenersi corretta in seguito alla sentenza della Corte Cost. 110/1974, il cui effetto riflesso risiede nel venir meno del dogma della perpetuità dell'espulsione.<sup>130</sup> Con la sentenza della Cassazione di poco più di dieci anni dopo, si ammette la revocabilità non solo delle misure di sicurezza di durata ma anche di quelle istantanee, quali l'espulsione dello straniero dallo Stato". Questo esclude che la misura dell'espulsione possa essere considerata perpetua, sebbene la c.d. 'prognosi di rilascio' presenti delle oggettive difficoltà dal momento in cui deve esser effettuata nei confronti di un soggetto assente.<sup>131</sup>

### **3.1.2 Cause ostative ed esecuzione**

Secondo l'art. 19 del testo unico sull'immigrazione, deve ritenersi preclusa la possibilità di espellere lo straniero che possa essere oggetto di persecuzione per motivi di sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, ovvero possa rischiare di esser rinvioato verso un

---

<sup>129</sup> Cass. Pen. Sex. III, 29 settembre 1999, Argirò, in Rep. FI 2000, Sospensione condizionale della pena.

<sup>130</sup> Corte Cost., 5 aprile 1974, n. 110, in Giur. Cost. pp. 779 ss.

<sup>131</sup> CAPUTO, *Le misure di sicurezza dell'espulsione dello straniero e dell'allontanamento del cittadino comunitario*, in AA.VV., (a cura di LORUSSO), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, cit., pg. 193.

altro Stato nel quale non sia protetto dalle persecuzioni. L'espulsione non è poi consentita, salvo che nei casi previsti dall'art. 13 del testo unico:

1. degli stranieri minori di diciotto anni, salvo il diritto a seguire il genitore/affidatario espulso;
2. stranieri in possesso di carta di soggiorno (escluso art. 9 del testo unico);
3. degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado, o con il coniuge, di nazionalità italiana;
4. delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono e dei relativi mariti<sup>132</sup>.

### **3.2 L'espulsione come misura sostitutiva**

L'istituto venne introdotto con la disposizione di cui all'art. 8, comma 1, del d.l. 13 aprile 1993, n. 107 che aggiunge i commi 12-bis al 12-sexies all'art. 7 del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416 convertito poi nella l. 28 febbraio 1990, n. 39. La misura viene applicata dal giudice che la pronuncia con sentenza di condanna, come sanzione che andrà a sostituire una pena per un reato colposo o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art 444 e 445 c.p.p.. L'esecuzione viene eseguita dal questore anche se la sentenza non è divenuta irrevocabile, con l'accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica. Tale espulsione trova applicazione in caso di stranieri sottoposti a custodia

---

<sup>132</sup> Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 376, in *Giur. Cost.*, 2000, pp. 2675 ss.

cautelare per uno o più delitti, consumati o tentati, diversi da quelli indicati dall'art. 275, comma 3 del codice di rito, e non può essere disposta quando la condanna riguarda uno o più delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. A del c.p.p. o per i delitti puniti con pena superiore a due anni. Tale misura può esser revocata dal giudice competente, ossia quello dell'esecuzione, quando lo straniero espulso rientra illegalmente nel territorio dello Stato.

Fu introdotta, così, un'inedita forma di espulsione collocata dal legislatore all'interno di quell'art. 7 del d.l. 416/1989 che nel corso del tempo diviene il contenitore dentro il quale relegare ogni tipo di espulsione. In particolare è nella metà degli anni Novanta che il legislatore interviene ripetutamente in materia inserendo nuove tipologie di espulsione: a titolo di misura di prevenzione (art. 7-bis), a richiesta di parte (7-ter), a titolo di misura di sicurezza (7-quater), provvedimento amministrativo di espulsione (7-quinquies).<sup>133</sup>

Tale previsione ingenera numerosi dubbi di legittimità costituzionale che sono stati, tuttavia, respinti in toto dalla Consulta che nel rigettare le questioni non manca di osservare come simile disposizione configuri un'ipotesi di sospensione della custodia cautelare in carcere *"giustificata essenzialmente dall'interesse pubblico di ridurre l'enorme affollamento carcerario, di per sé difficilmente compatibile con un efficace perseguimento della funzione rieducativa della pena, e di allontanare dal territorio dello Stato stranieri sottoposti a procedimento penale"*. Il rilascio di tale provvedimento è

---

<sup>133</sup> Così CORDI', Op. Cit., p. 36-37

subordinato alla richiesta dell'interessato e tale subordinazione *"per quanto atipica, non costituisce un arbitrario elemento di favore nei confronti dello straniero, ma rappresenta [...] un requisito diretto, nella fattispecie, ad armonizzare la condizione dello straniero ai valori costituzionali cui il legislatore deve riferirsi nel prevedere una misura pur sempre incidente sulla libertà personale, cioè su un diritto inviolabile dell'uomo"*<sup>134</sup>. Sempre a parere della Consulta, non può ritenersi incostituzionale un istituto la cui *ratio* viene individuata nell'esigenza di evitare di eseguire una pena ed il conseguente rischio di sovraffollamento della popolazione carceraria. I dubbi sulla natura unicamente afflittiva della misura, non vengono condivisi dalla Consulta che sostiene che tali dubbi *"muovono da un presupposto interpretativo erroneo, in quanto l'espulsione prevista dalla norma in discussione, pur se disposta dal giudice in sostituzione di una pena detentiva, non si può configurare come una sanzione criminale, ma come una misura amministrativa per i caratteri in esame"*<sup>135</sup>.

### **3.2.1 Presupposti**

I presupposti vengono individuati dall'art. 16, comma 1 del t.u. immigrazione che prevede che tale misura può essere disposta dal giudice nel pronunciare la sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta delle parti ex artt. ss. c.p.p. Nei confronti dello straniero che versi

---

<sup>134</sup> Corte Cost., 10 febbraio 1994, n. 62, in *Cass. Pen.*, 1994, 862, pp. 1469.

<sup>135</sup> Corte Cost., 14 luglio 1999, n. 369, in *Dir. Imm. Citt.*, 1999, 3, pp. 187 ss.

nelle condizioni in cui all'art. 13, comma 2 t.u. immigrazione. Tale misura però può essere concessa solamente laddove il giudice ritenga di dover irrogare una pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrano le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ovvero, nel caso in cui debba pronunciare sentenza di condanna per il reato di illecito ingresso e trattenimento nel territorio nazionale, non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1, del t.u. immigrazione che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. In realtà quest'ultimo inciso che è stato inserito dal c.d. Pacchetto Sicurezza del 2009 priva di senso giuridico in quanto le circostanze dell'art. 14 sono tutte relative a situazioni in cui non è possibile eseguire l'espulsione con accompagnamento coattivo alla frontiera, e dunque la nuova condizione introdotta all'art. 16 sembra ribadire il tenore del precedente testo.<sup>136</sup>

In relazione all'ipotesi di patteggiamento è da notare come secondo la giurisprudenza<sup>137</sup> non possa esser disposta se non su richiesta espressa dell'interessato. Viene difatti ritenuto illegittimo il provvedimento qualora fosse stata richiesta applicazione della pena di reclusione e venga sostituita con la misura dell'espulsione.<sup>138</sup>

Il provvedimento, invece, non può trovare applicazione in sostituzione di pene

---

<sup>136</sup> Così MASERA, *Terra bruciata intorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in AAVV. (a cura di MAZZA e VIGANO'), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009.

<sup>137</sup> Cass. Pen., sez. I, 9 ottobre 2002, Wajib, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 203.

<sup>138</sup> Cfr. L. CORDI', *Op. Cit.* p. 41

pecuniarie, né in forma congiunta, né in forma alternativa.<sup>139</sup>

Sul piano soggettivo la misura risulta operante se il soggetto rientra nelle condizioni indicate dall'art. 13, comma 2. Secondo la giurisprudenza di legittimità non è consentita l'applicazione nei confronti dei cittadini comunitari, *"in quanto, in base all'art. 1, comma 2, citato provvedimento legislativo, le norme in esso contenute non si applicano, se non in quanto più favorevoli, ai cittadini degli stati membri dell'unione europea."*<sup>140</sup>.

### **3.2.2 Cause ostative all'applicazione**

Passando all'esame delle cause ostative si nota, non possa disporsi dal punto di vista soggettivo (come in tutte le altre ipotesi di espulsione) nei casi previsti dall'art. 19 t.u. immigrazione. Difatti è preclusa nel caso in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di sesso, lingua, cittadinanza, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, ovvero possa rischiare di esser rinvio verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalle persecuzioni. L'espulsione non è poi consentita, salvo che nei casi previsti dall'art. 13 del testo unico:

5. degli stranieri minori di diciotto anni, salvo il diritto a seguire il genitore/affidatario espulso;

---

<sup>139</sup> Così Cass. Pen., sez. V, 4 novembre 2004, Boubaker, inedita.

<sup>140</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. III, 27 gennaio 2000, Andrade, pp. 181 ss.

6. stranieri in possesso di carta di soggiorno (escluso art. 9 del testo unico);
7. degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado, o con il coniuge, di nazionalità italiana;

delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono e dei relativi mariti. Un'ipotesi di esclusione della misura, secondo la misura, non può operarsi l'espulsione dello straniero non identificato, tale requisito, infatti deve ritenersi implicitamente richiesto anche per l'applicabilità della misura in esame, posto che altrimenti si renderebbe impossibile per il questore eseguire il provvedimento ordinato<sup>141</sup>.

Dal punto di vista oggettivo, invece, si evidenzia che l'art. 16, comma 1, del t.u. immigrazione esclude la concessione della misura qualora il giudice ritenga di poter concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena. Non si procede ad espulsione qualora ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14, comma 1 del t.u. immigrazione. In ultimo, non può disporsi l'espulsione come misura sostitutiva quando il reato rientri nel polico elenco all'art. 407, comma 2, lett. a) del codice di rito o sia punito con la pena edittale superiore a due anni dalle disposizioni contenute nel testo unico immigrazione.

Qualora la misura venga emanata nei casi non consentiti il solo rimedio consiste nell'impugnazione della sentenza, in quanto l'ipotesi non rientra né

---

<sup>141</sup> Così TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, AAVV (a cura di DEGL'INNOCENTI), *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2011, p. 283.

tra i casi di errori materiali che possono esser corretti attraverso la procedura do cio all'art. 130 c.p.p., né tra i casi di accertamento della eseguibilità del titolo previsti dall'art. 674 c.p.p., ma configurando un vero e proprio errore di giudizio la cui emenda comporterebbe una inammissibile modifica del contenuto sostanziale della decisione, a danno del condannato e in violazione della intangibilità del giudicato.<sup>142</sup>

### **3.3 Espulsione come misura alternativa (cenni e rinvio)**

Ultima previsione di espulsione giudiziaria, introdotta dalla " Bossi- Fini ", è l'espulsione che viene emanata nei confronti dello straniero irregolare detenuto. Siamo di fronte ad una misura che viene applicata ad un soggetto detenuto al quale è stata già elargita una condanna di reclusione che non superi gli anni due, o che debba espiare una pena residua di due anni. Questa misura presenta caratteristiche ambigue dal punto di vista giuridico, il *nomen iuris* sembra suggerire l'inserimento di una nuova tipologia di misura alternativa, in realtà il contenuto, come vedremo<sup>143</sup>, si avvicina molto di più ad una sanzione amministrativa.

---

<sup>142</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 2 febbraio 2007, Berenyi, in *Rep. FI* 2007, n. 375.

<sup>143</sup> Vedi *Infra* Cap. IV



## Capitolo III

### Stranieri irregolari e finalità rieducativa della pena

**Sommario:** 1 Applicabilità delle misure alternative agli stranieri - 2 Può la rieducazione assumere connotati nazionalistici? - 3 I confini della finalità rieducativa nei confronti del detenuto straniero

#### 1 Applicabilità delle misure alternative agli stranieri

Nell'analisi di questa misura, si deve soffermare l'attenzione sulla tematica relativa al rapporto tra la figura di espulsione in esame e le ulteriori misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento. Un tema che impone preliminarmente di affrontare la questione concernente l'applicabilità delle misure alternative agli stranieri irregolari, oggetto di una composita *messe* di soluzioni e forse giunta ad un'importante punto d'approdo a seguito degli interventi delle sezioni unite della Corte di Cassazione e del Giudice delle leggi.<sup>144</sup>

Secondo un primo orientamento, formatosi in relazione all'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale c.d. terapeutico, tale misura "*e in genere, tutte le misure extra murarie alternative alla detenzione, non possono essere applicate allo straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizione di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la sua*

---

<sup>144</sup> Così L. CORDI', Op. Cit., Pg. 67

*permanenza nel territorio dello Stato e che non può ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'elusione delle norme che rendono configurabile detta illegalità"*<sup>145</sup>. Tale orientamento, quindi, sostiene che lo status di straniero irregolare sia considerato, pertanto, "oggettivamente ostativo" alla concessione di una misura alternativa alla detenzione in ragione dell'incompatibilità tra l'esecuzione della stessa e la condizione di irregolarità. Se si seguisse tale impostazione, si arriverebbe alla conclusione che la sola misura alternativa per lo straniero irregolare, dunque, sia l'espulsione e ne conseguirebbe la dispensa da ogni obbligo rieducativo, considerato che, indipendentemente dall'esito della prova, lo straniero irregolare dovrà essere comunque espulso al termine dell'esecuzione.<sup>146</sup>

Di diverso avviso, invece, sarebbe altra parte della giurisprudenza per la quale le misure alternative alla detenzione avrebbero "*diretto fondamento costituzionale nella funzione rieducativa della pena e, pertanto, in assenza di un espresso divieto di legge possono essere applicate in linea generale anche allo straniero extracomunitario raggiunto dal decreto prefettizio di espulsione*"; difatti, "*in tal caso, l'espiazione della pena rappresenta essa stessa il titolo che, sospendendo l'esecuzione dell'espulsione amministrativa, giustifica la presenza dello straniero nel territorio nazionale e pertanto il*

---

<sup>145</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 20 maggio 2003, Calderon, in *Riv. Pen.*, 2003, pg. 667, con nota critica di RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, pubblicata su *Dir. Imm. Citt.*, 2004, I, pg. 87 ss. Vedi anche Cass. Pen., sez. I, 11 novembre 2004, Hadir, in *Riv. Pen.*, 2005, pg. 1252 ss.

<sup>146</sup> L. CORDI, *Op. Cit.*, Pg. 68.

*provvedimento giurisdizionale che la legittima ben può determinare modalità di espiatione alternative al carcere"*<sup>147</sup>. Sempre secondo tale orientamento l'opposta interpretazione *"muove dalle errate premesse che la condizione di clandestinità rimanga comunque insanabile per tutto il periodo di permanenza in Italia e che l'unica condizione possibile per lo straniero sia quella della detenzione in carcere"*<sup>148</sup>. Superando tale erroneo postulato, si arriva a negare la possibilità di *"introdurre discriminazioni tra i cittadini (e stranieri muniti di permesso di soggiorno) e stranieri in condizione di clandestinità, per la decisiva ragione che le relative disposizioni di legge sono dettate a tutela della dignità della persona umana, in sé considerata e protetta indipendentemente dalla circostanza della liceità o non della permanenza nel territorio italiano: sicché un'eventuale disparità di trattamento normativo risulterebbe indubbiamente contraria al principio di uguaglianza e al canone della ragionevolezza di cui all'articolo 3 della Costituzione"*<sup>149</sup>.

La risoluzione di tale contrasto di vedute è stata data dalla Corte di Cassazione che è intervenuta a Sezioni Unite<sup>150</sup> stabilendo il principio di diritto che *"in*

---

<sup>147</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2005, Ben Dhafer Sami, in *FI*, 2005, II, cc. 641 ss. Vedi altresì: Cass. Pen., sez. I, 14 dicembre 2004, Sheqja, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 120; Cass. Pen., sez. I, 18 ottobre 2005, Tafa, inedita; Cass. Pen., sez. I, 25 ottobre 2005, Chafaoui, inedita; Cass. Pen., sez. I, 24 novembre 2005, in *Riv. Pen.*, 2007, p. 329.

<sup>148</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2005, Ben Dhafer Sami, cit.

<sup>149</sup> Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2005, Ben Dhafer Sami, cit.

<sup>150</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 28 marzo 2006, Aloussi, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 3120 ss., con note di CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, p. 3123, e ABUKAR HAYO, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto di regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello stato*, pg. 3126 ss. Per ulteriori commenti alla decisione si veda: BLASI, *Italiani o stranieri, pena uguale per tutti. Alternative al carcere: si ai clandestini*, in *DEG*, 2006, 21, pg. 38 ss., DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al dir.*, 2006, 2, pg. 58 ss., TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle sezioni unite*, 2006, in *Rass. Penit. Crimin.*, 2006, pg. 175 ss.

*materia di esecuzione della pena detentiva, le misure alternative alla detenzione in carcere (nella specie, l'affidamento in prova al servizio sociale), sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario, possono essere applicate anche allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno".*

La Corte arriva a tale conclusione sulla base della premessa per la quale: *"l'ordinamento penitenziario non opera alcuna discriminazione del relativo trattamento sulla base della liceità, o non, della presenza del soggetto nel territorio dello Stato italiano, e non contiene alcun divieto, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative alla detenzione a favore del condannato straniero che sia entrato o che si trattenga illegalmente in Italia".* *"Considerati i preminenti valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2,3 e 27 Cost., comma 3), che costituiscono la chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario sulle misure alternative e di cui sono lineare espressione anche gli artt. 1 e 13 del medesimo ordinamento sulle modalità del trattamento, l'applicazione di dette misure non può essere esclusa, a priori, nei confronti dei condannati stranieri, che versino in condizione di clandestinità o di irregolarità e siano perciò potenzialmente soggetti ad espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena."* La Corte, continua: *"il giudizio prognostico richiesto per la loro applicazione, attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla*

*prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, non può considerarsi precluso sulla base di una sorta di presunzione assoluta di inidoneità delle stesse per un'intera categoria di persone, gli stranieri extracomunitari presenti illegalmente in Italia". Al contrario, "l'effettiva e ampia portata precettiva della funzione rieducativa della pena impone di affrontare il tema relativo alla "concedibilità, o non, delle misure alternative alla detenzione in carcere" non "alla stregua di astratte premesse", ma operando " la valutazione " , in concreto, delle specifiche condizioni che connotano la posizione individuale dei singoli condannati e delle diverse opportunità offerte da ciascuna misura secondo il criterio di progressività trattamentale".*

*La Corte quindi esclude "la tesi di una generalizzata e inderogabile operatività del divieto di applicazione delle misure alternative, muovendo dall'apodittica premessa che la situazione di clandestinità o di irregolarità dello straniero condannato rimanga comunque insanabile per tutto il periodo di permanenza in Italia e che l'unica condizione ammissibile sia quella della detenzione in carcere"; "tale tesi contrasta, peraltro, con la consolidata prassi amministrativa, per la quale anche lo straniero condannato, privo di permesso di soggiorno, può essere ammesso alle misure alternative": "e ciò sull'assunto che è proprio il provvedimento giurisdizionale del Tribunale di sorveglianza, che determina le forme alternative di espiazione della pena, a costituire ex lege il "titolo" idoneo a sospendere l'esecuzione dell'espulsione amministrativa e a legittimare la permanenza dello straniero sul territorio nazionale, nonché l'eventuale svolgimento di un'attività lavorativa per il*

*periodo indicato nel medesimo provvedimento, anche con modalità sostanzialmente derogatorie alla restrittiva disciplina dettata per tali soggetti in materia di accesso al lavoro".* La Corte arriva, così, a negare l'esistenza di un regime penitenziario "speciale" che *"restando impermeabile ai principi costituzionali di uguaglianza e di finalità rieducativa della pena comporti il divieto di applicazione delle misure alternative alla detenzione in carcere nei confronti degli stranieri extracomunitari condannati"*, e sempre in tale decisione, la Suprema Corte nega, altresì, il carattere esclusivo dell'espulsione ex art. 16 t.u. Immigrazione. Per arrivare ad affermare ciò, muove dalla constatazione dell'effettiva natura giuridica dell'istituto secondo la Consulta stessa, ossia quella basata sull'ordinanza n. 369 del 1999, che ritiene l'istituto di natura di misura amministrativa<sup>151</sup>. Tale tipo di espulsione, secondo le sezioni unite, *"non presenta affatto quei caratteri generalizzanti ed esclusivi (perciò preclusivi delle misure penitenziarie alternative alla detenzione in carcere), che ad essa intende attribuire la più restrittiva linea interpretativa, atteso che già dalla formulazione letterale del comma 5 del citato art. 16 si desume l'inoperatività dell'istituto per una larga fascia di situazioni di fatto"*: la misura *"non può essere disposta, infatti, nei confronti dello straniero in regime di esecuzione penale, che non sia "identificato", né "detenuto", o debba scontare una pena detentiva, anche residua, superiore a due anni ovvero sia stato condannato per uno dei "delitti previsti dall'art. 407 c.p.p. Comma 2, lett. a)" e per "delitti previsti dal presente testo unico".* Quindi per

---

<sup>151</sup> Corte Costituzionale, 15 luglio 2004, n. 226, in *Giur. Cost.* 2004, pg. 2375 ss.

queste categorie di soggetti "non essendo consentito anticipare l'espulsione amministrativa in deroga al principio di indefettibilità della pena, né rinvenendosi alcun divieto di accesso alle misure alternative alla detenzione in carcere – sempre che ne sussistano i presupposti stabiliti dall'ordinamento penitenziario-, è proprio l'esecuzione penale, anche nelle forme alternative al regime carcerario, a costituire il "titolo" che ne legittima la permanenza nel territorio dello Stato". Quindi, "dall'analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria e di quella in materia di immigrazione sembra dunque lecito desumere che, laddove il Tribunale di sorveglianza abbia accertato rigorosamente l'oggettiva sussistenza dei presupposti stabiliti per la concessione, a favore dello straniero condannato che ne abbia fatto richiesta e che sia "meritevole", di una delle misure alternative alla detenzione in carcere previste dagli artt. 47 ord. Pen. e segg., è destinata a dispiegarsi nella sua pienezza ed effettività, per il rilievo costituzionale che rivestono, la forza precettiva dei principi in materia di pari dignità della persona umana e di funzione rieducativa della pena".

La dottrina<sup>152</sup> non ha mancato di esprimersi sulla pronuncia della Consulta affermando che "il punto debole della pronuncia consiste nel non aver definito in modo chiaro la relazione intercorrente tra l'espulsione a titolo di sanzione alternativa alla detenzione e le misure alternative alla detenzione,

---

<sup>152</sup> Cfr. TOVANI, Op. Cit., pg. 199 ss.; vedi anche sul punto: BOTTALICO, *sub art. 16*, in PALIERO-PALAZZO, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Milano, 2007 pp. 2674 ss.

*affermando, laconicamente, che " resta, per contro, radicalmente estraneo al perimetro delle valutazioni contenutistiche e della decisione del Tribunale di sorveglianza, chiamato a pronunciarsi sull'applicabilità del beneficio penitenziario a favore dello straniero extracomunitario, ogni ulteriore apprezzamento circa l'esistenza, o non, delle condizioni che potrebbero, in ipotesi, legittimare l'adozione, nei confronti dello stesso, della diversa alternativa sanzione dell'espulsione: apprezzamento, quest'ultimo, che è affidato in via esclusiva alle autonome determinazioni del Magistrato di sorveglianza, secondo il modulo procedimentale fissato dall'art. 16, comma 5 e segg. d.lgs. 286/1998".*<sup>153</sup>

Altra autorevole dottrina<sup>154</sup> interviene sostenendo che *"Quello fornito dalle Sez. un. in realtà è un non criterio": "l'affermazione secondo cui il tribunale di sorveglianza (giudice delle misure alternative) e il magistrato di sorveglianza (giudice dell'espulsione) vanno visti come monadi che non comunicano tra di loro induce a ritenere che la sorte del condannato extracomunitario venga fatta dipendere da un fattore assolutamente casuale, ossia dalla circostanza che l'intervento del giudice collegiale preceda quello del giudice monocratico oppure che sia quest'ultimo a pronunciarsi per primo". Ed inoltre, "affermare che l'espulsione in esame è rimessa alle*

---

<sup>153</sup> In dottrina è stato osservato che *" Il punto critico della decisione della Corte è la sua dichiarata estraneità a qualsivoglia apprezzamento sull'esistenza delle condizioni che legittimano l'adozione dell'espulsione piuttosto che la concedibilità della misura alternativa, non essendo tracciata alcuna soluzione in ordine al criterio interpretativo da seguire per comporre il sistema normativo ad unità. "*, v. DI ROSA, *Ricade sul magistrato*, cit., pg. 55.

<sup>154</sup> DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3 Cost. Una debordante interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, in *Giur. Cost.*, pg. 759.



*determinazioni del magistrato di sorveglianza lascia immaginare che il Supremo Collegio concepisca detta misura come facoltativa, laddove l'utilizzo dell'espressione "è disposta" farebbe immaginare il contrario"<sup>155</sup>.*

In ogni caso, è intervenuta a confermare il principio elaborato dalle sezioni unite la Corte Costituzionale con sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354 *"ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo di permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste"* <sup>156</sup>. La Corte continua: *" le misure alternative costituiscono modalità di esecuzione della pena le cui prescrizioni rivestono carattere sanzionatorio afflittivo, finalizzate ad attuare i preminenti valori costituzionali della eguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena fissate dagli artt. 2, 3 e 27 comma 3 della Costituzione"*. Per questo, l'applicazione di dette misure *" non può essere esclusa a priori ed in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità della presenza sul territorio nazionale del detenuto, dovendosi, per contro, formulare in concreto il richiesto prognostico attinente alla rieducazione del condannato ed alla prevenzione del pericolo di reiterazione dei reati"*. Inoltre, se certo la finalità rieducativa della pena deve *"contemperarsi con le altre funzioni che la Costituzione assegna alla pena medesima (vale a dire: prevenzione generale,*

---

<sup>155</sup> Per il carattere obbligatorio della misura in esame cfr., BOTTALICO, Op. Cit., pp. 2669-2670

<sup>156</sup> Corte Costituzionale, 5 marzo 2007, n. 78, in *Giur. Cost.*, 2007, pp. 87 ss.

*difesa sociale, prevenzione speciale), tale bilanciamento non può determinare il totale sacrificio di una di tali funzioni a vantaggio delle altre: ad avviso della Corte, l'interpretazione delle sezioni unite in materia è la sola quindi che può ritenersi rispettosa dei principi di proporzione e individualizzazione della pena nonché della sua propria finalità rieducativa, non essendo ammissibile ogni preclusione dal carattere "assoluto ed automatico"<sup>157</sup>, tale da escludere il condannato in modo permanente e definitivo dal processo rieducativo e di reinserimento sociale."*

Per quanto riguarda i rapporti tra l'espulsione e le altre misure alternative, la Consulta si limita a sottolineare come nel momento stesso in cui il legislatore prevede che l'esecuzione della pena prevalga sull'espulsione, egli " *adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel territorio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa* ".

Parte della dottrina<sup>158</sup>, sostiene che " *così formulata, l'argomentazione induce a ritenere che l'incostituzionalità dichiarata dal Giudice delle Leggi riguardi esclusivamente le situazioni in cui non è consentito procedere all'espulsione introdotta dalla c.d. Legge Bossi- Fini. Ciò in quanto, nelle rimanenti ipotesi, è invece l'espulsione che, in base alla scelta del legislatore, prevale sulla pena. Ma allora, diventa ineluttabile capovolgere il ragionamento della Corte e concludere nel senso che, quando si è di fronte ad uno straniero irregolare nei confronti del quale esistano tutte le premesse per disporre l'espulsione ex*

---

<sup>157</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza, 4 giugno 1997, n. 161, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>158</sup> DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3 Cost. Una debordante interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, cit., pg. 760.

*art. 16 comma 5 d.lgs. n. 286 del 1998, manca il titolo che lo abilita a permanere nel nostro Paese e gli è, di riflesso, preclusa la fruizione delle misure alternative alla detenzione": "ne consegue un sistema connotato dalla seguente bipartizione: mentre, in presenza di tutti i presupposti di cui al succitato art. 16 il magistrato di sorveglianza è tenuto a disporre l'espulsione, laddove si sia fuori dal raggio di azione del meccanismo espulsivo non esistono preclusioni che impediscano al tribunale di sorveglianza di concedere la misura alternativa allo straniero irregolare: sempre che, ovviamente, ricorrano le condizioni soggettive e oggettive – di assai difficile verifica, com'è noto, per i condannati in questione previste dalla normativa penitenziaria".*

In quest'ottica, si crea un sistema sulla base del quale lo straniero irregolare condannato potrebbe accedere a qualsiasi misura alternativa, solamente nel caso in cui non ricorrano i presupposti per l'espulsione. "*Tale sistema*"<sup>159</sup>, sulla base del corretto presupposto dell'obbligatorietà della misura espulsiva, "*formalizza il trattamento rieducativo riducendolo ad una sorta di atto dovuto e giustifica il connubio reinserimento- esclusione alla luce della asserita internazionalizzazione della rieducazione*".<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Così: TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in AA.VV. (a cura di L. DEGL'INNOCENTI), *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit. pg. 304.

<sup>160</sup> L. CORDI', op. Cit. Pg 73 ss.

## **2 Può la rieducazione essere circoscritta entro limiti nazionalistici?**

Come è noto, le misure alternative alla detenzione sono finalizzate alla risocializzazione del condannato, a favorire il suo reingresso nel tessuto sociale, *“senza distinzione tra società italiana ed estera, dato che la risocializzazione non può assumere connotati nazionalistici, ma va rapportata alla collaborazione fra gli Stati nel settore della giurisdizione”*<sup>161</sup>. Esse possono pertanto essere disposte, ove ricorrano le condizioni previste dalla legge, anche nei confronti dello straniero.<sup>162</sup>

Alla luce dei richiamati aspetti peculiari dell'esecuzione dello straniero irregolare, è giunto il momento di sviluppare qualche riflessione sul concetto di rieducazione e sulla applicabilità dello stesso a tale particolare categoria di detenuto. Occorre prendere le mosse dall'affermazione per cui la pena, come pure le misure alternative ad essa (in quanto, comunque, forme di espiatione della pena), deve *tendere alla rieducazione del condannato*. L'art. 27 Cost. non prevede distinzioni di sorta, per cui non dovrebbe rilevare che una volta espiata la pena, o in sostituzione o in alternativa alla stessa, il detenuto straniero debba venir espulso, in quanto irregolare. Una certa giurisprudenza di legittimità ha posto in dubbio siffatto orientamento, volendo dare una

---

<sup>161</sup> Cass. Pen., Sez. I, 31 gennaio 1985, n. 315, Ortiz, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

<sup>162</sup> M. RUOTOLO, *Può la rieducazione assumere connotati “nazionalistici”? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno.*, in [www.stranieriitalia.it](http://www.stranieriitalia.it)

lettura del concetto di rieducazione in una dimensione esclusivamente nazionale, esaltando, probabilmente, le indicazioni emergenti dall'impianto della c.d. legge Bossi-Fini che tendevano a limitare il più possibile l'impegno dello Stato italiano nella rieducazione dei condannati ai soli soggetti che avessero titolo di regolare di permanenza nel territorio. In sostanza si è optato per un concetto di "*rieducazione nazionale*", in contrapposizione a quello di "*rieducazione universale*", che postula, necessariamente, un impegno dello Stato italiano alla rieducazione di tutti i condannati in generale a prescindere, dalla presenza o meno di un titolo di legittimazione della permanenza nel territorio<sup>163</sup>.

Ma è costituzionalmente ammissibile siffatta opzione? Per rispondere occorre forse rispondere prima ad un'altra domanda: cosa significa che "*le pene devono tendere alla rieducazione del condannato*"? Una importante risposta a quest'ultimo quesito la si rinviene nella giurisprudenza costituzionale. A seguito di una iniziale limitazione della portata stessa del *finalismo rieducativo*, ridotto nell'alveo del trattamento penitenziario, che concreta l'esecuzione della pena<sup>164</sup>, la Corte costituzionale si rende conto di aver trascurato "*il novum contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa*", "*assunta in senso marginale o addirittura eventuale, e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario*"<sup>165</sup>.

Il ripensamento della Corte appare radicale e può essere riassunto nelle

---

<sup>163</sup> M. CANEPA – S. MERLO, *op. cit.*, p. 360

<sup>164</sup> Cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 12 del 1966, in [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni)

<sup>165</sup> Corte Costituzionale Sentenza 26 Giugno 1990, n. 313, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

seguenti affermazioni: a) *“in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena”*; b) la *“tendenza”* a rieducare è *“una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”*; c) il principio della rieducazione *“è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il ‘principio di proporzione’ fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall’altra”*; d) *“il precetto di cui al terzo comma dell’art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie”*<sup>166</sup>.

Ancor prima, la Corte costituzionale aveva avuto modo di individuare come il *“fine ultimo e risolutivo della pena”* fosse quello di *“tendere al recupero sociale del condannato”*, ritenendo, nella assai nota sent. n. 204 del 1974<sup>167</sup>, che, nella specie, l’istituto della liberazione condizionale avesse assunto, con l’art. 27, 3° comma, Cost., *“un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine”*, rappresentando, in sostanza, *“un peculiare aspetto del trattamento penale”*, il cui *“ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le*

---

<sup>166</sup> Corte Costituzionale sent. 26 Giugno 1990, n. 313, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>167</sup> Corte Costituzionale sent. 27 Giugno 1974, n. 204, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

*forme atte a garantirle*". È "sulla base del precetto costituzionale" che sorge "il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo"<sup>168</sup>.

Si pongono così le basi per l'affermazione di un *diritto alla rieducazione* del detenuto che, come già affermato nella sent. n. 204 del 1974, deve trovare nella legge "una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale" e la cui fruizione, come affermato nella sentenza n. 376 del 1997, non può essere preclusa nemmeno ai soggetti sottoposti al trattamento differenziato di cui all'art. 41-bis, 2° comma, ord. Penit. .<sup>169</sup>

Quindi il trattamento penitenziario stesso viene a configurarsi come un vero e proprio diritto per i detenuti, il diritto alla rieducazione, al quale corrisponde "un obbligo di fare per l'amministrazione penitenziaria". A configurarsi come diritto in tal modo è, quindi, sia la pretesa del detenuto ad essere destinatario di un programma di trattamento, che trova il suo fondamento legislativo nell'art. 13, 3° comma, ord. penit., sia la pretesa del detenuto a poter fruire delle misure alternative alla detenzione e delle misure premiali, qualora il soggetto possieda i requisiti previsti dalla legge.

Si sono dunque ricavati, dall'ambigua formula " *le pene devono tendere alla rieducazione*" nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, dei

---

<sup>168</sup> Corte Costituzionale sent. 27 Giugno 1974, n. 204

<sup>169</sup> Cfr. M. RUOTOLO, Op. Cit.

significati “positivi” e talora “propulsivi” nel processo di “giurisdizionalizzazione” della esecuzione penale, ribadendosi in più occasioni la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale nei confronti di tutti gli atti dell’amministrazione penitenziaria.

Quindi, arrivati a tali conclusioni occorre chiedersi: ma lo Stato può elaborare una nozione di 'rieducazione nazionale' escludendo di fatto, da tale finalità, i soggetti detenuti in condizione di irregolarità? Ciò significherebbe negare per alcuni soggetti la possibilità stessa della fruizione di un *diritto* che è costituzionalmente connesso all’esecuzione della pena. La risposta data dalla Cassazione a Sezioni unite<sup>170</sup> appare, nella sua nettezza, assolutamente convincente. La funzione rieducativa e risocializzatrice è, in base alla Costituzione, propria della pena. Una differenziazione, sul punto, basata esclusivamente sulla nazionalità si porrebbe in insanabile contrasto non solo con l’art. 27, ma anche con i principi di eguaglianza e pari dignità sociale di cui agli artt. 2 e 3 Cost. La “risocializzazione” non può, per usare le parole delle Sezioni unite della Cassazione, assumere “*connotati nazionalistici*”. Il problema che riscontriamo, però, è che la legislazione più recente che ha interessato il tema sembra essere andata proprio in una direzione opposta a quella richiesta dai richiamati principi costituzionali. In un certo senso, il principio-guida emergente dalla legislazione ordinaria è stato quello per cui le pene nei confronti degli stranieri irregolari *non* devono necessariamente tendere alla rieducazione del condannato. A ben vedere, infatti, la negazione

---

<sup>170</sup> Cass. Pen., Sez. un., 27 Aprile, Aloussi, 2006, Op. Cit.



della funzione rieducativa si esprime già, in radice, nell'opzione generale per l'espulsione in luogo della esecuzione della pena nelle ipotesi contemplate dall'art. 16 del d.lgs. n. 286 del 1998. Pur di non impegnarsi ad offrire quelle opportunità trattamentali e non che dovrebbero agevolare il processo di risocializzazione, lo Stato preferisce rinunciare direttamente all'esercizio in concreto della potestà punitiva. Perché rieducare, se poi, al termine dell'esecuzione della pena detentiva, lo straniero dovrà essere espulso? La stessa Corte costituzionale finisce per aderire a questa logica, quando afferma che con l'espulsione *ex art. 16*, “*nella sostanza, viene solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni*”<sup>171</sup>. Ma, per “salvare” l'istituto dell'espulsione (sia a titolo di sanzione sostitutiva sia a titolo di sanzione alternativa alla detenzione), la Corte è stata costretta a qualificare la misura in parola come avente carattere “amministrativo”, in modo da poterla sottrarre all'applicazione dei principi costituzionali che riguardano la pena.<sup>172</sup> La Cassazione, d'altro canto, ha invece qualificato la misure come “*alternativa alla detenzione*”, sebbene prevista all'esclusivo “*scopo di ridurre la popolazione carceraria*”<sup>173</sup>.

Al di là del problema dell'ammissibilità stessa di una misura alternativa che non abbia una funzione di risocializzazione, la *ratio* dell'espulsione non sembra essere nella specie quella di ridurre la popolazione carceraria, essendo

---

<sup>171</sup> Corte Costituzionale, Ord. 226/2004

<sup>172</sup> Per un'analisi più approfondita delle diverse opinioni sulla natura giuridica dell'espulsione prevista dall'art. 16 t.u. Immigrazione vedi *Infra* Cap. IV, par. 2.

<sup>173</sup> Cass., Sez. I, 12 dicembre 2003, n. 518, *Reda*.

quest'ultimo solo uno degli effetti della sua applicazione. L'intenzione del legislatore potrebbe, sì, essere quella di contenere il sovraffollamento, ma con tale misura, ciò che viene affermato è l'idea dell'inutilità della rieducazione dei soggetti privi di legittimo titolo di permanenza nel territorio italiano. Tale *ratio* sembra colta in quella giurisprudenza di legittimità che, proprio facendo leva sul richiamato art. 16, è giunta perfino ad affermare la “*ontologica incompatibilità tra misure alternative extramurarie ed esecuzione della pena nei confronti dello straniero clandestino*”<sup>174</sup>. Quest'ultima interpretazione non è che, per parte della dottrina<sup>175</sup>, la controprova della volontà del legislatore di tradurre il principio costituzionale della rieducazione in chiave “nazionalistica” o, più precisamente, di restringerne la portata con riferimento ai soli soggetti aventi legittimo titolo di permanenza in Italia. Può una mera legge ordinaria produrre questo effetto? È indubbio che la legislazione ordinaria, in quanto rivolta all'attuazione, allo svolgimento della Costituzione incida sulla interpretazione stessa di quest'ultima. Ma i risultati della interpretazione devono comunque sempre essere valutati alla stregua della disposizione (o del principio) costituzionale che il legislatore ordinario si propone di svolgere, altrimenti si giungerebbe al paradosso della prevalenza del criterio dell'interpretazione della Costituzione alla luce dello svolgimento di essa da parte del legislatore ordinario sul criterio per cui la legge deve essere interpretata in senso conforme alla Costituzione (e, ove ciò non sia

---

<sup>174</sup> Vd. Cass., sez. I, 17 luglio 2003, Calderon, Op. Cit.

<sup>175</sup> Vd. M. RUOTOLO, Op. Cit.

possibile, deve essere considerata incostituzionale). Se la legge ordinaria fosse davvero in grado di legittimamente veicolare interpretazioni della Costituzione non conformi alla “lettera” e allo “spirito” della stessa, si arriverebbe a negare l’idea stessa della Costituzione come misura suprema della legalità. Dato che, nella specie, l’art. 27 Cost. si riferisce al condannato in senso generico e annette alla pena in quanto tale una funzione rieducativa, è da ritenere che non possano esserci spazi per un’interpretazione “nazionalistica” del concetto di rieducazione. Se il legislatore ordinario interviene in questa direzione, il giudice, anziché interpretare la Costituzione alla luce della legge, dovrebbe sollevare questione di costituzionalità in riferimento a quest’ultima. E la Corte costituzionale, una volta verificato che l’intervento legislativo non è compatibile con la portata del precetto costituzionale di riferimento, dovrebbe in conseguenza dichiarare l’incostituzionalità.<sup>176</sup>

La Corte costituzionale, nella specie, ha preferito qualificare diversamente l’oggetto dell’intervento legislativo, non facendolo ricadere nell’ambito di operatività del precetto costituzionale. Anziché qualificare l’espulsione come misura *alternativa alla detenzione* (secondo l’indirizzo seguito dalla Cassazione) o, meglio, come *sanzione alternativa alla detenzione* (secondo l’espressa indicazione del legislatore), il giudice delle leggi l’ha considerata come mera *misura amministrativa*, in quanto tale sottratta all’ambito di operatività dell’art. 27 Cost.<sup>177</sup> è da presumere, dunque, che ove la

---

<sup>176</sup> Così M. RUOTOLO, Op. Cit.

<sup>177</sup> Vedi Corte Costituzionale 226/2004

qualificazione fosse stata quella indicata dalla Cassazione o data dal legislatore la norma sarebbe stata dichiarata incostituzionale. Tant'è: alla luce della interpretazione della Corte costituzionale, l'espulsione *ex art. 16* è una misura amministrativa che, nonostante la intervenuta sentenza di condanna, si sostituisce di fatto alla pena detentiva.

Probabilmente sarebbe stato meglio giungere ad una dichiarazione di illegittimità della norma, anche se si deve tener conto degli effetti paradossali (e incostituzionali?) che, sia pure solo indirettamente, prodotti dalla norma in esame e per fortuna ora contenuti dalla recente decisione delle Sezioni Unite più volte richiamata<sup>178</sup>: prima di quest'ultima pronuncia, lo straniero clandestino che non fosse stato espulso (perché non identificato o perché, a vario titolo, non si trovava in una delle condizioni richieste dall'art. 16) non aveva diritto a fruire di misure alternative. Siffatta impostazione, che per anni è stata seguita dalla giurisprudenza di legittimità, era senz'altro conforme allo spirito della legge Bossi-Fini, ma non, come detto, alla lettera e allo spirito dell'art. 27 Cost. Finalmente, oggi, il detenuto clandestino ha nuovamente la possibilità di fruire delle c.d. misure alternative. Almeno in questo ambito, il tentativo di lettura in chiave “nazionalistica” del principio della rieducazione può ritenersi fallito.<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> 28 marzo 2006, Alloussi

<sup>179</sup> Così M. RUOTOLO, Op. Cit.

### **3 I confini della finalità rieducativa nei confronti dello straniero detenuto**

Oltre ai profili richiamati precedentemente, occorre soffermarsi brevemente sulle generali problematiche che ostacolano la possibilità di perseguire in toto la funzione rieducativa degli stranieri, regolari e non.

La situazione della carcerazione del detenuto straniero, infatti, sotto il profilo psicologico ed esistenziale, si presenta più difficile, più pesante e più svantaggiosa, rispetto al detenuto italiano. L'extracomunitario recluso, pone dei problemi di adattamento ambientale e di rapporto con i connazionali, con il personale di custodia e gli operatori. Basti pensare a come possa un detenuto straniero percepire la propria detenzione, essendo un soggetto che, parlando una lingua differente, possa non comprendere affatto un ambiente con sfondo culturale totalmente differente dal proprio, possa non conoscere e non capire le procedure della magistratura straniera che lo detiene.<sup>180</sup>

L'ordinamento penitenziario italiano prevede una assoluta uguaglianza tra detenuti stranieri e connazionali al fine di poter far usufruire i benefici previsti. L'articolo 35 del regolamento di esecuzione dispone che *"nell'esecuzione delle misure privative della libertà nei confronti dei cittadini stranieri, si deve tenere conto delle loro difficoltà linguistiche e delle*

---

<sup>180</sup> J.J.J. TULKENS, *Detenuti stranieri: trasferimento e trattenimento*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it)

*differenze culturali, dovendosi inoltre favorire le possibilità di contatto con le autorità consolari dei loro paesi*"<sup>181</sup>. Tale normativa, anche se nei principi si presenta avanzata, è vaga, generica e inadeguata poiché manca di disposizioni specifiche. Una delle ragioni che rendono difficile ed ostacolano l'accesso dei detenuti stranieri ai benefici penitenziari è data dal provvedimento di espulsione. I detenuti destinatari dell'espulsione come misura alternativa o sostitutiva non vedranno la possibilità di vedersi applicata qualche altra misura alternativa. Mentre quelli che non rientrano nei presupposti della misura alternativa o sostitutiva, nella maggior parte dei casi rientrano in quella della misura di sicurezza, che viene applicata a fine pena e che impedisce quasi sempre il beneficio della misura alternativa o di un permesso premio. Il provvedimento di espulsione crea una situazione psicologica e morale che non stimola interessi, scoraggia l'istituzione penitenziaria a promuovere iniziative per favorire l'adattamento ambientale dei detenuti stranieri.<sup>182</sup>

Come già visto, le misure alternative sono applicabili anch'esse ai detenuti stranieri. I detenuti, difatti, incontrano difficoltà ad ottenere il diritto a rapporti con le autorità consolari e diplomatiche, il diritto alla difesa (difficilmente hanno denaro per potersi permettere un avvocato di fiducia), il diritto all'istruzione (in pochi conoscono la lingua italiana), il diritto all'informazione e a conoscere i propri diritti, il diritto all'interprete. Il detenuto straniero quasi sempre non ha rapporti con la famiglia, né contatti con la società e le

---

<sup>181</sup> D.P.R. 230/2000

<sup>182</sup> Cfr. G. CERTOMA', *Il servizio sociale penitenziario tra involuzione e progettualità, Appendice: I diritti degli immigrati, le problematiche dei detenuti stranieri, la dimensione multiculturale del servizio sociale*. 1995, Roma, pg. 158

differenze linguistiche e culturali rendono difficile l'accesso ai servizi sanitari e sociali, nonché creano un rapporto teso e aggressivo con il personale di custodia. Tutte queste mancanze, rendono molto difficile far reperire un posto di lavoro al detenuto e disporre una struttura protetta per poter ottenere una misura alternativa.<sup>183</sup> Difatti, a parità di imputazione o di condanna, la permanenza in carcere degli stranieri è mediamente più lunga di quella degli italiani, sia in fase di custodia cautelare che dopo la sentenza. Senza un domicilio proprio, senza il sostegno di una struttura di accoglienza, nessuno può uscire dal carcere in misura alternativa. Raramente gli stranieri hanno questi requisiti, dunque, raramente gli stranieri escono.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> G. CERTOMA', Op. Cit., p. 159

<sup>184</sup> F. BERTI e F. MALEVOLI, *Carcere e detenuti stranieri*, Milano, 2004, p. 138.

## **Capitolo IV**

### **L'espulsione ex art. 16 t.u.: misura alternativa anomala o sanzione amministrativa?**

**Sommario:** 1 La disciplina contenuta nell'articolo 16 del testo unico prima dell'intervento novellistico – 1.1 Requisiti del provvedimento – 1.2 Cause ostative all'applicazione – 1.3 Profili procedurali della misura – 1.4 L'intervento novellistico del d.l. n. 146 del 2013 2 La natura giuridica dell'istituto – 2.2 Un rimedio al sovraffollamento carcerario? 2.3 Considerazioni conclusive

#### **1 La disciplina contenuta nell'articolo 16 del testo unico sull'immigrazione prima dell'intervento novellistico**

Tra le non poche innovazioni introdotte dalla Bossi – Fini al testo unico sull'immigrazione, vi è da annoverare l'ipotesi di espulsione dello straniero detenuto prevista ai commi 5 e seguenti dell'articolo 16. Ipotesi rispetto alla quale è prevista la competenza del magistrato di sorveglianza. Già da una prima esegesi del tenore letterale della nuova disciplina si affacciano dubbi e problemi applicativi di non poco momento, che ineriscono alla natura giuridica dell'espulsione, alle caratteristiche del procedimento dinanzi al magistrato di sorveglianza e di quello di opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza, all'automatismo o meno dell'espulsione in presenza dei requisiti positivi e negativi delineati dalla norma in esame.<sup>185</sup>

---

<sup>185</sup> M. NIRO, *L'espulsione come misura alternativa alla detenzione: note critiche*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)



L'articolo 16 del testo unico in materia di immigrazione<sup>186</sup> contempla l'espulsione sia quale misura sostitutiva, sia quale misura alternativa della pena. Quest'ultima possibilità viene ammessa in seguito alla sentenza della Corte di Cassazione in cui si stabiliva che: *"L'art 16, 5° comma, d.leg 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dall'art. 15 l. 30 luglio 2002 n. 189, consente che l'espulsione sia disposta, oltre che all'atto della pronuncia della sentenza di condanna come sanzione sostitutiva, anche successivamente come*

---

<sup>186</sup> Art 16 D.LGS. 25 luglio 1998, n. 286 commi 5 e ss. " 5. *Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del presente testo unico, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale. In caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono.* 5-bis. *Nei casi di cui al comma 5, all'atto dell'ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario richiede al questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi, il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche e procede all'eventuale espulsione dei cittadini stranieri identificati. A tal fine, il Ministro della giustizia ed il Ministro dell'interno adottano i necessari strumenti di coordinamento.* 5-ter. *Le informazioni sulla identità e nazionalità del detenuto straniero sono inserite nella cartella personale dello stesso prevista dall'articolo 26 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.* 6. *Salvo che il questore comunichi che non è stato possibile procedere all'identificazione dello straniero, la direzione dell'istituto penitenziario trasmette gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. Il magistrato decide con decreto motivato, senza formalità. Il decreto è comunicato al pubblico ministero, allo straniero e al suo difensore, i quali, entro il termine di dieci giorni, possono proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Se lo straniero non è assistito da un difensore di fiducia, il magistrato provvede alla nomina di un difensore d'ufficio. Il tribunale decide nel termine di 20 giorni.* 7. *L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena.* 9. *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19.*

*sanzione alternativa alla pena residua.*"<sup>187</sup>

Quando l'espulsione viene emanata come misura alternativa<sup>188</sup>, siamo di fronte ad una sanzione che viene disposta dal magistrato di sorveglianza, con decreto motivato, senza formalità, acquisite le informazioni dagli organi di polizia sull'identità e sulla nazionalità dello straniero, nei confronti dello straniero, identificato e detenuto, che deve scontare una pena detentiva, anche residua<sup>189</sup>, non superiore a due anni. Il decreto di espulsione è comunicato al soggetto che, entro il termine di dieci giorni, può proporre opposizione innanzi al tribunale di sorveglianza che decide entro venti giorni. L'esecuzione del decreto di espulsione è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione della decisione del tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. Il provvedimento di espulsione è eseguito dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con le modalità di accompagnamento alla frontiera a mezzo di forza pubblica.<sup>190</sup> Lo straniero deve trovarsi in una delle condizioni previste dall'art 13 comma 2 del T.U..<sup>191</sup>

I destinatari della misura alternativa sono esclusivamente i cittadini extracomunitari.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> Vedi Cass. Pen., sez. VI, 14 maggio 2003, Loci, in *Rep. FI 2003*, Straniero, n. 285

<sup>188</sup> Le misure alternative alla detenzione sono state introdotte con la così detta legge Gozzini del 10 ottobre 1986, n. 663.

<sup>189</sup> Cass. Pen., sez. VI, 14 maggio 2003, Loci, in *Rep. FI 2003*, Straniero, n. 285

<sup>190</sup> P. D. RONZA, *Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario*, 2006.

<sup>191</sup> Cfr. L. CORDI, *Op. Cit.*, p. 21-22-23

<sup>192</sup> Cassazione Penale, Sez. I. 19 marzo 2009, n. 15832, Mihai. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, 2013.

## 1.1 Requisiti del provvedimento

Tra i requisiti soggettivi, al pari della misura sostitutiva della pena, si osserva che tale provvedimento può interessare solamente i cittadini extracomunitari o apolidi in condizioni di irregolarità. Restano esclusi, invece, i cittadini comunitari e gli stranieri regolari.<sup>193</sup>

Dunque, la misura può esser disposta:

- nei confronti dello *straniero identificato e detenuto* che versi nelle condizioni di cui all'art. 13, comma 2 del testo unico sull'immigrazione<sup>194</sup> e debba scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni.

Circa il contenuto dell'*identificazione*, in dottrina è stato ritenuto che non possa dirsi identificato un soggetto del quale " *si conoscono le impronte digitali e si constata che le medesime sono state rilevate alla stessa persona fisica presentatasi più volte con le stesse o diverse generalità*", poiché " *in questo caso si sa solo che quelle impronte corrispondono ad una medesima persona fisica, ma, in mancanza di documenti validi e autentici, in realtà, non si sa come si chiami lo*

---

<sup>193</sup> Vedi Cass. Pen., sez. I, 22 settembre 2004, Romcevic, in *Guida al dir.*, 2004, 43, pg. 66 ss.

<sup>194</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 18 maggio 2004, Nefzi, in *Rep. FI 2004*, Straniero, n. 253, per la quale " *La figura speciale di espulsione dello straniero condannato e detenuto in esecuzione della pena prevista dall'art. 16, 5° comma, l. 286/1998 [...] presuppone che tra le condizioni di applicabilità che lo straniero si trovi in una delle situazioni indicate nell'art. 13, 2° comma, stessa legge e pertanto il provvedimento non può essere adottato sul mero dato della gravità e dell'allarme sociale destato dai reati commessi*".

*straniero in questione e quale sia la sua nazionalità".*<sup>195</sup>

Quanto alla definizione di "detenuto", si tratta in particolare di stabilire se possa essere considerato tale anche l'imputato in stato di custodia cautelare ed il condannato definitivo in espiazione di pena in misura alternativa.<sup>196</sup>

Con riferimento alla prima categoria di soggetti, poiché l'art. 16 del t.u. Fa espresso riferimento allo straniero "*identificato, detenuto ... che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni*", deve escludersi che possano essere soggetti ad espulsione coloro che si trovano in stato di custodia cautelare. Il problema, quindi, può porsi solamente per coloro che, detenuti in espiazione di pena, siano imputati già in un altro procedimento penale. In questo caso, parte della dottrina, sostiene doversi escludere l'applicabilità della misura *de quo*, altrimenti ogni contraria soluzione comporterebbe una inaccettabile violazione del diritto di difesa.<sup>197</sup>

Per gli stranieri che si trovano in esecuzione extramoenia, il discorso è più complesso, dovendosi individuare coloro che possano ancora considerarsi detenuti. Il problema, quindi, si pone per la semilibertà e la detenzione domiciliare. Quanto alla semilibertà, la Cassazione ha ritenuto che "*l'ammissione alla misura alternativa della semilibertà non è di ostacolo all'emissione del decreto di espulsione a titolo di*

---

<sup>195</sup> G. BELLAGAMBA – G. CARITI, Op. Cit., p. 194.

<sup>196</sup> L. DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, p. 296.

<sup>197</sup> L. DEGL'INNOCENTI, Op. Cit., p. 296

*sanzione alternativa, dal momento che la semilibertà è misura che comunque comporta la permanenza del condannato in un istituto penitenziario, sebbene limitatamente a determinati orari, e quindi anche rispetto al soggetto che espia la pena in semilibertà l'espulsione può realizzare il fine proprio di riduzione della popolazione carceraria"* <sup>198</sup>. Diversamente, per quanto riguarda la detenzione domiciliare, la Suprema Corte ha affermato che *" poiché l'espulsione dello straniero prevista dall'art.16 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 è una misura alternativa alla detenzione prevista allo scopo di ridurre la popolazione carceraria, non è applicabile ai soggetti che già si trovino ad espia la pena con altre misure alternative quali ad esempio la detenzione domiciliare"*<sup>199</sup>. Soluzione che non convince, posto che il detenuto domiciliare è un soggetto comunque detenuto (basti considerare che, a norma dell'art. 47-ter comma 8 della legge 354/1975, l'ingiustificato allontanamento dal luogo di permanenza è punito ai sensi dell'art. 385 c.p.).<sup>200</sup> Alle stesse conclusioni, dovrebbe giungersi per gli stranieri sottoposti alla misura della semidetenzione, prevista dall'art. 55 della legge 689/1981.<sup>201</sup> Quanto alla liberazione anticipata la Suprema Corte ha stabilito che *"la pregressa concessione al condannato extracomunitario della liberazione anticipata, che*

---

<sup>198</sup> Cass. Pen. Sez. I, 13 ottobre 2005, Isolaci. in *Rep. FI 2005*, Straniero, n. 367

<sup>199</sup> Cass. Pen., sez. I, 12 dicembre 2003, Reda, in *Rep. FI 2004*, Straniero, n. 254

<sup>200</sup> In dottrina, considera l'espulsione c.d. Alternativa applicabile anche al detenuto domiciliare BONETTI, *Ingresso e soggiorno*, cit., 451.

<sup>201</sup> L. DEGL'INNOCENTI, op. Cit., pg. 297.

*incide solo sulla durata della pena, ma non ne comporta la fuoriuscita dal circuito carcerario, non è di ostacolo all'assunzione, nei suoi confronti, del provvedimento di espulsione a norma dell'art. 16. "*<sup>202</sup>.

- Secondo criterio riguarda l'applicazione della norma nei confronti di extra comunitari o apolidi in condizioni di irregolarità, con esclusione dei cittadini comunitari e degli stranieri regolari. La Cassazione si è pronunciata sull'esclusione dall'applicazione dell'art. 16 degli stranieri regolari affermando che *"il legislatore, nel legittimo esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto che, nel caso di straniero in posizione irregolare, l'interesse dello Stato all'espulsione potesse – entro un determinato limite di pena e previa valutazione del giudice in singoli casi – prevalere sull'interesse all'attuazione della pretesa punitiva, escludendosi invece la possibilità di una tale prevalenza nel caso di straniero regolarmente soggiornante in Italia. Il fatto che quest'ultimo possa, poi, essere applicata, a pena espiata, l'espulsione a titolo di misura di sicurezza come previsto dall'art. 15 t.u. Precitato, non implica affatto un trattamento ingiustificatamente deteriore rispetto a quello previsto dal successivo articolo 16 per lo straniero in posizione irregolare di cui all'art. 13 comma 2, dal momento che la norma anzidetta prevede l'applicabilità della misura di sicurezza allo straniero indipendentemente dalla regolarità o meno della sua posizione di soggiornante in Italia, ponendo come unica condizione*

---

<sup>202</sup> Cass. Pen. sez. I, sentenza 24.04.2008 n° 17255

*quella che egli risulti socialmente pericoloso. "*<sup>203</sup>

## **1.2 Cause ostative all'applicazione**

La misura non trova applicazione, oltre che a cittadini comunitari o extracomunitari regolari, nei confronti di stranieri irregolari che potrebbero esser oggetto di persecuzione per motivi di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali, ovvero possa rischiare di essere inviato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalle persecuzioni. Sostanzialmente non trova applicazione nei confronti delle categorie vulnerabili, come previsto per le altre tipologie di espulsione previste dal t.u. Immigrazione.<sup>204</sup> Tale condizione deve effettivamente sussistere nel momento in cui viene richiesta e deve esser verificata dal giudice in sede di valutazione sull'applicazione della misura. In tal senso, difatti, si è espressa la Cassazione penale secondo la quale " *lo straniero*

---

<sup>203</sup> Cass. Pen., sez. IV, n. 147/2000

<sup>204</sup> Art. 19, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 "1. In nessun caso può disporsi l'espulsione o il respingimento verso uno Stato in cui lo straniero possa essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali, ovvero possa rischiare di essere rinvioato verso un altro Stato nel quale non sia protetto dalla persecuzione. 2. Non è consentita l'espulsione, salvo che nei casi previsti dall'articolo 13, comma 1, nei confronti: a) degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi; b) degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto dell'articolo 9; c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana; d) delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio cui provvedono. 2-bis. Il respingimento o l'esecuzione dell'espulsione di persone affette da disabilità, degli anziani, dei minori, dei componenti di famiglie monoparentali con figli minori nonché dei minori, ovvero delle vittime di gravi violenze psicologiche, fisiche o sessuali sono effettuate con modalità compatibili con le singole situazioni personali, debitamente accertate.

*detenuto che debba espiare una pena, anche residua, non superiore a due anni non può esser impedita dal solo fatto che l'interessato abbia avanzato istanza per ottenere lo status di rifugiato politico, sull'assunto di trovarsi in taluna delle condizioni previste dall'art. 19, 1° comma, citato d.lgs., dovendosi invece ritenere che spetti, in tal caso, allo stesso giudice competente a disporre l'espulsione (ove l'apposita commissione non si sia ancora pronunciata), accertare, in via incidentale, la effettiva sussistenza o meno della condizione invocata".*<sup>205</sup>

L'espulsione non è consentita poi, salvo che nei casi previsti dall'art. 13 del t.u. immigrazione, nei confronti di particolari categorie di soggetti:

1. degli stranieri minori di anni diciotto, salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi;
2. degli stranieri in possesso della carta di soggiorno, salvo il disposto di cui all'art. 9 t.u. Immigrazione;
3. degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana<sup>206</sup>;

---

<sup>205</sup> Cass. Pen., sez. I, 1 dicembre 2004, Bouffenech, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 568

<sup>206</sup> In relazione alla previsione anteriore alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 22, lett. p) della l. 94/2009, vedi Cass. Pen., sez. I, 9 novembre 2006, Daldoul, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 2124. Secondo Cass. Pen., sez. I, 22 maggio 2008, Sendane, in *Rep. FI* 2008, Straniero, n. 371, " *la convivenza more uxorio con una cittadina italiana non è ostativa all'applicazione dell'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione*". Sul tema vedi anche Cass. Pen., sez. I, 16 marzo 2010, Noua, in *Rep. FI* 2010, Straniero, n. 454, per la quale " *la convivenza more uxorio con una cittadina italiana, e il successivo matrimonio non seguito da convivenza per effetto del sopraggiunto stato di detenzione, non sono ostativi all'applicazione dell'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione*". Da ricordare, inoltre, quanto stabilito da Cass. Pen., sez. I, 27 maggio 2009, Boshi, in *Rep. FI* 2010, Straniero, n. 442, per la quale " *lo stato di convivenza con il coniuge di nazionalità italiana impedisce l'espulsione dal territorio dello stato dello straniero, se detta condizione sussiste al momento della decisione, non richiedendosi invece che sia presente già alla data di commissione del fatto-reato*".



4. delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio ci provvedono i relativi mariti<sup>207</sup>.

Per quanto riguarda i soggetti stranieri che non abbiano tempestivamente richiesto il rinnovo del permesso di soggiorno la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che l'espulsione non possa essere emessa qualora " *l'interessato abbia tempestivamente chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno e su tale richiesta non sia ancora intervenuta la decisione della competente autorità amministrativa.* "<sup>208</sup>

Altre cause ostative all'applicazione di tale misura sono da ritenersi i casi in cui lo straniero irregolare abbia riportato condanne per i reati compresi nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) del codice di rito o per uno dei delitti previsti dal t.u. Immigrazione. Rispetto alla previsione contenuta in materia di espulsione come misura sostitutiva viene meno in questo caso il limite costituito dalla pena edittale superiore nel massimo a due anni dettato all'art. 16, comma 3, in relazione ai reati del testo unico.<sup>209</sup>

Vi è una parte della giurisprudenza di legittimità che sostiene che "*l'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione non può essere disposta qualora la pena da espiare sia determinata a seguito di cumulo comprensivo di pena inflitta per taluno dei reati ostativi alla concessione della misura, né può procedersi a scioglimento del cumulo stesso*

<sup>207</sup> In tal senso Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 376, in *Giur. Cost.*, 2000, pp. 2675 ss., che dichiara la disposizione costituzionalmente illegittima nella parte in cui non estende il divieto al marito convivente con la donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi al parto.

<sup>208</sup> Vedi Cass. Pen., sez. I, 7 maggio 2004, Hamdi, in *Riv. Pen.*, 2004, pp. 1197 ss.. Vedi anche Cass. Pen., sez. I, 14 ottobre 2009, Ibeh, in *Rep. FI* 2010, Straniero, n. 456.

<sup>209</sup> L. CORDI', Op. Cit., p. 61

*per imputare la pena espiata al reato ostativo e disporre l'espulsione in relazione alla pena residua*"<sup>210</sup>. La Suprema Corte osserva come *"l'espulsione come misura alternativa disposta dal magistrato di sorveglianza conserva la sua natura amministrativa"*: *"da ciò ne consegue che, pur essendo previsto dall'art. 16, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998 che essa non può essere disposta solo nei casi in cui la condanna riguarda delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), nel caso in cui la pena da espiare a seguito di cumulo che comprenda anche un reato ostativo, tale cumulo non può essere sciolto"*. Ciò viene statuito in conformità a quanto stabilito in materia di trattamento differenziato ai sensi del 41 bis ord. Penit., poiché la misura *"non è finalizzata al recupero o reinserimento del condannato, costituisce causa ostativa alla sua concessione un giudizio di pericolosità del condannato, che può essere basato anche solo sulla sussistenza di una condanna per reati ostativi, per ciò stesso sintomo di tale pericolosità"*.

Altra parte della giurisprudenza rimane di diverso avviso sostenendo che *"l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione alternativa alla detenzione, non può esser disposta qualora la pena in esecuzione sia determinata per effetto di un cumulo giuridico comprensivo della pena inflitta per taluno dei reati ostativi alla concessione della misura, senza che possa procedersi allo scioglimento del cumulo stesso per imputare la pena espiata al reato ostativo"*

---

<sup>210</sup> Cass. Pen., sez. I, 5 febbraio 2008, Kokolari, in *Cass. Pen.*, 2009, pg. 315 ss. Con nota di CONZ, *L'espulsione dello straniero, l'art. 16 del d.lg. n. 286 del 25 luglio 1998*, ivi, pg. 316 ss.. Conforme: Cass. Pen., sez. I, 20 gennaio 2010, Sollou, in *Rep. FI.*, 2010, Straniero, n. 457.

*e disporre l'espulsione in relazione alla pena residua*"<sup>211</sup>. Ancora più chiaramente si esprime un'ulteriore pronuncia della Suprema Corte a parere della quale *"allorché la condanna in esecuzione sia riferita a una pluralità di reati unificati dal vincolo della continuazione, alcuni dei quali ostativi all'espulsione prevista, come sanzione alternativa alla detenzione, dall'art. 16, 5° comma, d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, [...], è consentita, in sede esecutiva, la scissione del cumulo al fine di verificare l'avvenuta espiazione della parte di pena imputabile ai reati ostativi e la conseguente possibilità di far luogo alla predetta espulsione"*<sup>212</sup>.

Tuttavia, come approfondiremo in seguito<sup>213</sup>, l'intervento novellistico del D.L. n. 146 del 2013 ha posto fine a questa diatriba giurisprudenziale.

### **1.3 Profili procedurali della misura**

L'esecuzione dell'espulsione è prevista ai commi 6 e 7 dell'art. 16 del t.u. Immigrazione. Competente all'applicazione della misura dell'espulsione è il magistrato di sorveglianza che viene individuato a norma dell'art. 677, comma 1, c.p.p.: in applicazione del criterio generale del *locus detentionis*, la misura viene disposta, quindi, dal magistrato che ha "giurisdizione sull'istituto di prevenzione o di pena in cui si trova l'interessato all'atto della richiesta, della proposta o dell'inizio di ufficio del procedimento". Nel caso in cui si ritenga

---

<sup>211</sup> Cass. Pen., sez. I. 12 novembre 2009, Louafi, in *Rep. FI 2010*, Straniero, n. 458.

<sup>212</sup> Cass. Pen., sez. I, 19 dicembre 2007, Kokolari, in *Rep. FI 2008*, Straniero, n. 373.

<sup>213</sup> Vedi *Infra* Par. 1.4

applicabile la misura in caso di detenzione domiciliare, la competenza di determina ai sensi dell'art. 677 comma 2 c.p.p. e appartiene al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sul luogo in cui l'interessato ha la residenza o il domicilio.<sup>214</sup>

Parte della dottrina fa notare come tale procedimento si attivi ormai automaticamente d'ufficio, senza alcuna richiesta da parte del pubblico ministero<sup>215</sup>: *"saranno quindi gli istituti di pena a trasmettere agli Uffici di sorveglianza gli elenchi nominativi dei condannati stranieri in possesso dei requisiti della norma"*<sup>216</sup>.

La decisione viene presa dal magistrato con decreto motivato e senza formalità, acquisite le informazioni dagli organi di polizia sull'identità e la nazionalità dello straniero.

Lo straniero viene tutelato da alcune particolari garanzie procedurali.

Prima fra tutte è la traduzione: il decreto di espulsione deve essere tradotto nella lingua dello straniero, in quanto a seguire di una statuizione della Corte Costituzionale, è stato ritenuto applicabile *in parte de qua* l'art. 13 comma 7, t.u. immigrazione<sup>217</sup>. Qualora non possa essere tradotto nella lingua madre del soggetto, verrà tradotta in francese, inglese o spagnolo.

Il decreto viene comunicato allo straniero, il quale, entro dieci giorni dalla consegna della copia alla persona ex art. 156, comma 1, c.p.p. o dell'avvenuta

---

<sup>214</sup> L. CORDI, Op. Cit., Pg. 62

<sup>215</sup> Segnalano questa prassi DEGL'INNOCENTI-FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2006, pg. 296; PRELATI, Op. Cit., pg. 623

<sup>216</sup> NIRO, *L'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione: note critiche*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

<sup>217</sup> Corte Costituzionale, 15 luglio 2004, n. 226, cit, pp 2375 ss.

notificazione ex. art. 157 c.p.p., può proporre opposizione dinanzi al Tribunale di Sorveglianza che decide entro il termine ordinatorio di venti giorni<sup>218</sup>.

Per quanto riguarda l'opposizione proponibile dall'interessato la Suprema Corte ha affermato che *"ai sensi dell'art. 16, comma 6, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, [l'opposizione che] l'interessato può proporre avverso il provvedimento di espulsione adottato dal magistrato di sorveglianza nei confronti dello straniero come misura alternativa alla detenzione, secondo quanto stabilito dal precedente 5° comma dello stesso articolo, è soggetta alle regole generali vigenti in materia di impugnazioni e deve, in particolare, essere corredata, a pena di inammissibilità, dei prescritti motivi"*<sup>219</sup>.

Parte della dottrina tuttavia, non concorda con questo riferimento ai principi generali dei mezzi di impugnazione ritenendolo non pertinente e sostenendo che *"trattandosi infatti di opposizione avverso un provvedimento emesso inaudita altera parte, l'atto di opposizione si traduce in una richiesta di nuova decisione assunta in contraddittorio, durante il quale potranno anche essere*

---

<sup>218</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 3 luglio 2007, Dervisci, in *Rep. FI* 2008, Straniero, n. 378, per il quale *"è inammissibile, se proposta tardivamente, l'opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza avverso il provvedimento di espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione"*.

<sup>219</sup> Cass. Pen., sez. I, 19 dicembre 2003, Dibe, in *Cass. Pen.*, 2005, pg. 183 ss. *Contra*: T. Sorveglianza Sassari, 30 gennaio 2003, in *Giur. Merito*, 2003, pg. 933 ss. Per il quale: *"Il detenuto non è tenuto ad indicare i motivi di opposizione nel termine utile per la proposizione dell'impugnazione, ma può formularli fino all'udienza ed anche verbalmente"*. In ordine all'interesse all'impugnazione si veda: Cass. Pen., sez. V, 29 maggio 2007, Deda, in *Rep. FI* 2008, Straniero, n. 379, per cui *"è legittimo il provvedimento con cui il tribunale di sorveglianza dichiara inammissibile il reclamo avverso il decreto di espulsione [...] stante l'avvenuta espiatione della pena al momento della pronuncia del provvedimento impugnato, considerato che, in tal caso, l'espulsione, quale misura sostitutiva della pena, non è possibile e manca, pertanto, l'interesse all'impugnazione, il quale deve essere attuale e concreto"*. Vedi altresì T. Sorveglianza Torino, 22 ottobre 2008, S.G., in *Riv. Pen.*, 2009, 79, *"l'espulsione dello straniero, in quanto misura alternativa alla detenzione, presuppone che al momento della sua esecuzione lo stato detentivo del destinatario sia ancora attuale"*.

evidenziate le ragioni dell'opposizione, senza che essa sia per ciò solo inammissibile; è però del tutto evidente che una opposizione non motivata avrà meno possibilità di successo, anche se ben potrebbe il Tribunale di sorveglianza acquisire, anche d'ufficio, ogni elemento utile ai fini del giudizio"<sup>220</sup>. Quindi sostanzialmente ritiene che non sia necessario, per la validità dell'opposizione, la presentazione dei motivi, sebbene questi possano risultare determinanti per la decisione finale del tribunale di sorveglianza.

Il procedimento per l'opposizione si svolge, come ricordato dalla giurisprudenza, *"ai sensi del combinato disposto degli artt. 678 e 666 c.p.p., in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore; ne consegue che è affetto da nullità assoluta il provvedimento adottato dal tribunale di sorveglianza a seguito di procedimento de plano"*<sup>221</sup>. Inoltre, *"l'omessa notifica dell'avviso di fissazione della data dell'udienza al difensore dell'interessato dà luogo ad una nullità di ordine generale rilevabile in ogni stato e grado del procedimento ai sensi degli artt. 178. c) e 179, 1° comma,*

---

<sup>220</sup> Così TOVANI, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in AA.VV. A cura di DEGL'INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*, cit., 288 il quale richiama la decisione resa da Cass. Pen., sez. I, 13 ottobre 2005, UYI OMOZUSI, in Rep. FI 2006, Straniero, n. 405 per cui *"In tema di disciplina dell'immigrazione; l'omessa allegazione di documenti di prova dello status di rifugiato politico, rilevante ai fini del divieto di espulsione, non esime il Tribunale di sorveglianza, in sede di opposizione avverso il decreto di espulsione ex art. 16, comma 5, d.lgs. n.286 del 1998, dal dovere di attivarsi d'ufficio allo scopo di reperire presso le autorità competenti l'eventuale documentazione comprovante detta qualità all'opponente, che rileva ai fini del divieto di espulsione verso uno stato in cui v'è possibilità di una persecuzione per motivi politici, ove per fatto notorio risulti che in quello stato è in corso una repressione nei confronti di gruppi politici dissidenti (la corte nei casi di specie ha ritenuto la notorietà, alla luce del rapporto di Amnesty International, del fatto che in Nigeria era in atto una persecuzione politica in danno di gruppi dissidenti)"*.

<sup>221</sup> Cass. Pen., sez. I, 4 giugno 2008, Mani, in Rep. FI 2008, Straniero, n. 374. Vedi anche Cass. Pen., sez. I, 11 marzo 2005, Hedfi, in Rep. FI 2005, Straniero, n. 392; Cass. Pen., sez. I, 7 febbraio 2008, Et Tyany, in Rep. FI 2008, Straniero, n. 375.

c.p.p.<sup>222</sup>.

Nelle more della decisione del Tribunale di Sorveglianza e comunque fino alla decorrenza dei termini di impugnazione l'esecuzione del decreto è sospesa. Inoltre, secondo il disposto di cui all'art. 16, comma 7, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio.<sup>223</sup>

Il provvedimento del Tribunale di Sorveglianza è suscettibile di ricorso per cassazione. Questa possibilità viene ammessa in varie occasioni dalla Suprema Corte evidenziando come *"lo straniero che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 16 del t.u. immigrazione sia titolare di un vero e proprio diritto ad essere espulso dal territorio dallo stato anziché rimanervi a scontare la pena detentiva alla quale è stato condannato ed è pertanto legittimato, vertendosi in materia attinente allo status libertatis, a proporre ricorso per cassazione avverso il provvedimento con il quale sia stata respinta la sua richiesta volta ad ottenere la detta espulsione"*<sup>224</sup>. Lo stesso pubblico ministero è legittimato a proporre il ricorso *"avverso il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza dispone l'espulsione dello straniero a titolo di misura alternativa alla detenzione"*<sup>225</sup>. E' da notare come la proposizione del ricorso per cassazione non comporti la sospensione dell'esecuzione della misura, salvo che sia diversamente disposto dal Tribunale su istanza dell'interessato o del suo difensore. Il fatto che non avvenga la sospensione del

---

<sup>222</sup> Cass. Pen., sez. I, 11 marzo 2005, Olarte Diaz, in *Rep. FI 2005*, Straniero, n. 391.

<sup>223</sup> L. CORDI, *Op. Cit.*, p. 66.

<sup>224</sup> Cass. Pen., sez. I, 18 febbraio 2009, Gega, in *Riv. Pen.*, 2009, p. 676.

<sup>225</sup> Cass. Pen., sez. I, 6 novembre 2008, Trimi, in *Rep. FI 2009*, Straniero, n. 396.

provvedimento rende abbastanza dubbia la garanzia della possibilità di ricorso in Cassazione.

Il provvedimento di esecuzione della misura si esegue esclusivamente mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica. Lo prevede l'art. 16, comma 7, del t.u. immigrazione che esclude, pertanto, diverse forme di esecuzione dell'espulsione al fine di evitare possibili elusioni della misura. Sulla stessa *ratio* riposa la disposizione che impone la permanenza dello stato di detenzione fino all'acquisizione dei necessari documenti di viaggio, mirando ad evitare la scarcerazione degli stranieri in assenza di certezze sull'effettività dell'allontanamento. Secondo il disposto contenuto all'interno dell'art. 16, comma 8, del t.u. Immigrazione *"la pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato"*. In quest'ultimo caso, *"lo stato di detenzione è ripristinato e riprendere l'esecuzione della pena"*. La giurisprudenza della Suprema Corte chiarisce come *"il corso dell'estinzione della pena detentiva sostituita, per lo straniero, con l'espulsione prevista dall'art. 16, 8° comma, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione), non è interrotto per la sola presenza dello straniero nel territorio dello stato successiva all'espulsione, essendo necessaria la prova del suo illegittimo rientro in esso"*<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> Cass. Pen., sez. I, 18 dicembre 2009, Kerkache, in *Rep. FI* 2010, Straniero, n. 460.



## 1.4 L'intervento novellistico del d.l. n. 146 del 2013

Nel suo messaggio alle camere dell'8 ottobre 2013, volto a sollecitare l'attenzione del Parlamento sulla drammatica situazione in atto nelle carceri italiane, il Presidente della Repubblica auspicava *"l'accrescimento dello sforzo diretto a far sì che i detenuti stranieri possano espiare la pena inflitta in Italia nei loro paesi d'origine"*<sup>227</sup>, dando altresì conto del fatto che *"nel corso del 2012 solo 131 stranieri sono stati trasferiti nei propri Paesi (mentre nei primi sei mesi il numero è di 82 trasferimenti)"*.<sup>228</sup>

Il legislatore, dunque, si è posto l'obiettivo di ridurre una popolazione carceraria composta per circa un terzo di persone di nazionalità straniera<sup>229</sup>, in seguito soprattutto alla sentenza Torreggiani, cercando allo stesso tempo di rendere maggiormente funzionale la figura dell'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione.<sup>230</sup>

Con l'intento di assicurare un più esteso e razionale utilizzo dell'istituto, il legislatore, con l'art. 6 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in legge 21

---

<sup>227</sup> Cfr. Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria, 8 ottobre 2013, integralmente riportato, quale allegato 1, da A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

<sup>228</sup> Così N. SANTI, *L'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, pg. 153, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti, le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015

<sup>229</sup> Al 31 maggio 2014, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria stimava in 19939 il numero di detenuti stranieri in Italia, corrispondenti al 33,8% dell'intera popolazione carceraria. Cfr. [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>230</sup> N. SANTI, Op. Cit. pg. 153-154

febbraio 2014, n. 10, è intervenuto sulla disciplina dell'espulsione alternativa alla detenzione ampliandone, per un verso, l'ambito applicativo, e introducendo, per altro verso, maggiori garanzie processuali e rilevanti migliorie nella relativa procedura. Questo è stato effettuato, senza snaturare l'istituto, modificando i commi 5 e 6 e aggiungendo i commi 5-bis e 5-ter, risolvendo annose lacune interpretative e colmando evidenti lacune pratiche, tutte derivanti dal testo previgente, che limitavano significativamente il ricorso allo strumento dell'espulsione.<sup>231</sup>

Il primo intervento del d.l. n. 146 del 2013 ha ampliato il novero dei soggetti passibili di espulsione. Precedentemente, come già visto, la misura era preclusa a tutti gli stranieri condannati per i gravi delitti di cui all'art. 407 comma 2 lett. A c.p.p. e per tutte le fattispecie incriminatrici del t.u..

Il rinnovato art. 16 comma 5, adesso, elimina espressamente il catalogo dei reati ostativi all'espulsione la rapina e l'estorsione, nelle loro forme aggravate rispettivamente previste dagli artt. 628 comma 3 e 629 comma 2 c.p., e i reati di cui al t.u. immigrazione diversi da quelli sanzionati all'art. 12 commi 1, 3, 3-bis e 3-ter. Secondo la Relazione di accompagnamento del decreto poi convertito, l'inclusione della rapina e dell'estorsione aggravate fra i delitti per i quali è ora possibile procedere all'espulsione dello straniero aumenterà il numero dei fruitori nella misura di oltre 1300 unità.<sup>232</sup>

Anche l'indicazione espressa – fra i reati ostativi all'espulsione- dei soli citati delitti di promozione, direzione, organizzazione, finanziamento e effettuazione

---

<sup>231</sup> N. SANTI, Op. Cit. pg. 155

<sup>232</sup> N. SANTI, *Ibidem*

del trasporto di stranieri nel territorio dello Stato, o di chi compia altri atti diretti a procurarne l'ingresso illegale nel medesimo territorio, nelle forme circostanziate dagli artt. 12 commi 1,3,3-bis e 3-ter t.u. Immigrazione, in luogo della infelice formulazione originariamente adottata dal d.l. In commento, in cui si prevedeva che il divieto operasse in relazione solo ai delitti del t.u. Sanzionati con pena detentiva superiore nel massimo a due anni.<sup>233</sup>

Dal punto di vista strettamente processuale, una delle più grandi novità introdotte in relazione alla disciplina dell'applicabilità dell'espulsione è contenuta nella seconda parte del comma 5 del testo unico: *"in caso di concorso di reati, o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non lo consentono"*. Con questa innovazione, il legislatore ha posto fine ad un acceso contrasto giurisprudenziale che recentemente si era attestato su posizioni fortemente restrittive, con conseguente grave limitazione della portata applicativa dell'istituto nella versione previgente. Come già riportato, infatti, l'orientamento maggioritario<sup>234</sup> stabiliva che l'espulsione non potesse essere disposta a seguito di cumulo comprensivo di pena inflitta per taluno dei reati ostativi alla concessione della misura, né si poteva procedere a scioglimento del cumulo

---

<sup>233</sup> Per C. RENOLDI, *Le modifiche in tema di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione*, in C. CONTI-A.MARANDOLA-G.VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 92, infatti, *"tale disposizione era destinata a non produrre alcun effetto sui delitti puniti dal d.lgs. 286/1998, posto che il massimo edittale previsto per ognuno di essi è comunque superiore a due anni di reclusione"*.

<sup>234</sup> Cass. Pen., sez. I, 5 febbraio 2008, Kokolari, Op. Cit.

stesso per imputare la pena espiata al reato ostativo e disporre l'espulsione in relazione alla pena residua. Tale impostazione si basava sull'inquadramento dell'espulsione di cui all'art. 16 comma 5 del testo unico fra le misure di "natura amministrativa" e, come tale, non essendo finalizzata al recupero o al reinserimento sociale del condannato, essa non avrebbe potuto comunque essere concessa in presenza di un giudizio di pericolosità del condannato: un indicatore, quest'ultimo, che poteva trovare fondamento solo nell'intervenuta condanna per reato ostativo, grave e dunque "sintomo di pericolosità".

Ultima, ma non meno importante, novità, la troviamo nell'applicazione della misura, alla quale il legislatore del 2013 è intervenuto volendo rafforzare le garanzie per lo straniero espulso, prevedendo che il decreto di espulsione – sempre adottato d'ufficio e senza formalità dal magistrato di sorveglianza competente in relazione al *locus custodiae*, su impulso della direzione penitenziaria che abbia compiutamente identificato lo straniero<sup>235</sup> - sia comunicato non solo all'interessato ma anche al difensore di fiducia, o, in mancanza di questi, al difensore d'ufficio nominato dall'autorità giudiziaria procedente.<sup>236</sup> E' stato inoltre stabilito che il "decreto" – e non più, "il decreto di espulsione" – deve essere comunicato anche al pubblico ministero.<sup>237</sup>

Nell'immutato termine di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, tutte le parti notiziate (compresa oggi anche la parte pubblica) possono proporre

<sup>235</sup> "Salvo che il questore comunichi che non è stato possibile procedere all'identificazione dello straniero", la direzione dell'istituto penitenziario è tenuta a "trasmettere gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione al magistrato di sorveglianza" così il nuovo art. 16 comma 6 primo periodo t.u. Immigrazione.

<sup>236</sup> Per un giudizio positivo sull'incremento degli *standard* garantistici della procedura, v. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, 2014, pg. 81.

<sup>237</sup> N. SANTI, Op. Cit. pg.159

opposizione al tribunale di sorveglianza, che dovrà decidere nel termine ordinatorio di venti giorni dalla presentazione dell'opposizione. Rimane ferma l'efficacia sospensiva rispetto all'esecuzione dell'espulsione.<sup>238</sup>

Da ultimo, occorre considerare le novazioni introdotte dal provvedimento in commento in tema di procedure identificative dello straniero. Sono stati aggiunti due nuovi commi: 5-bis e 5-ter che si occupano, infatti, di anticipare al momento dell'ingresso dello straniero presso la struttura detentiva l'inizio delle attività volte alla sua effettiva identificazione e al conseguente inserimento delle informazioni reperite nella cartella personale del detenuto. In particolare, l'art. 16 comma 5-bis attribuisce alla direzione dell'istituto penitenziario l'impulso delle procedure identificative dello straniero, con relativa richiesta al questore del luogo delle informazioni disponibili sulla nazionalità e identità del detenuto. Spetta al questore, di conseguenza, attivarsi presso le autorità diplomatiche e consolari per procedere alla compiuta identificazione. Tale procedura, necessita il coordinamento, per il reperimento delle predette informazioni, fra le competenti strutture del Ministero della giustizia e del Ministero dell'interno, così normativamente "responsabilizzate" affinché si adoperino per una celere attivazione. Le informazioni raccolte andranno subito a confluire, alla luce del comma 5-ter del testo unico, nel dossier personale del detenuto.

La ratio di quest'intervento normativo è palese: essendo l'identificazione dello straniero uno dei presupposti per l'espulsione-sanzione alternativa, è

---

<sup>238</sup> N. SANTI, *Ibidem*.

fondamentale procedere alla stessa, e che tale attività venga svolta in tempo utile per la sua tempestiva applicazione.<sup>239</sup>

Tali disposizioni in commento si risolvono in senso favorevole anche nei confronti dello straniero, se è vero che, ad oggi, il trattenimento nei C.I.E. È consentito proprio per il tempo necessario all'identificazione e a un massimo di 18 mesi.<sup>240</sup>

Qualora, dunque, l'identificazione non sia avvenuta nel corso (o prima) della detenzione carceraria, si ottiene il doppio effetto di precludere l'applicazione di espulsione-sanzione alternativa e di esporre lo straniero, a una seconda detenzione amministrativa presso il C.I.E<sup>241</sup>., che andrebbe ad aggiungersi alla

---

<sup>239</sup> Così N. SANTI, Op. Cit., p. 160

<sup>240</sup> N. SANTI, Op. Cit. p. 160

<sup>241</sup> "Istituiti nel 1998 dalla legge sull'immigrazione Turco Napolitano (art. 12 della legge 40/1998), i Centri di Permanenza Temporanea, oggi denominati CIE (Centri di identificazione ed espulsione) sono strutture detentive dove vengono reclusi i cittadini stranieri sprovvisti di regolare titolo di soggiorno. In base all'art. 14 del T.U. 286/1998, come successivamente modificato dalla legge Bossi Fini (L 189/2002), dal Pacchetto Sicurezza (L 94/2009) e dal decreto di recepimento della Direttiva Rimpatri (L 129/2011), il trattenimento nei CIE viene disposto dal Questore per un tempo di 30 giorni, prorogabile per un massimo totale di 18 mesi "quando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera o il respingimento, a causa di situazioni transitorie che ostacolano la preparazione del rimpatrio o l'effettuazione dell'allontanamento...". Nonostante i cittadini stranieri si trovino all'interno dei CIE con lo status di trattenuti o ospiti, la loro permanenza nella struttura corrisponde di fatto ad una detenzione, in quanto sono privati della libertà personale e sono sottoposti ad un regime di coercizione che, tra le altre cose, impedisce loro di ricevere visite e di far valere il fondamentale diritto alla difesa legale. I CIE inaugurano in Italia lo stato della detenzione amministrativa, sottoponendo a regime di privazione della libertà personale individui che hanno violato una disposizione amministrativa, come quella del necessario possesso di permesso di soggiorno. Il funzionamento dei CIE è di competenza del Prefetto, che affida i servizi di gestione della struttura a soggetti privati, responsabili del rapporto con i detenuti e del funzionamento materiale del centro. Le forze dell'ordine presidiano lo spazio esterno delle strutture e possono entrare nelle zone dove vivono i detenuti solo su richiesta degli enti gestori in casi eccezionali e di emergenza anche se di fatto questo si verifica quotidianamente." Così in [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org)

detenzione già scontata in esecuzione della pena.<sup>242</sup>

## 2 La natura giuridica dell'istituto

Nell'analizzare l'istituto dell'espulsione prevista dall'art. 16 del t.u. immigrazione, non possiamo non soffermarci sulla natura giuridica della misura che risulta quanto meno enigmatica. In dottrina è già stato osservato come il legislatore abbia utilizzato un "*nomen iuris*, sanzione alternativa, *volutamente ambiguo*"<sup>243</sup>. Al riguardo, difatti, sono state prospettate diverse soluzioni:

a) Secondo un primo orientamento deve escludersi che l'istituto de quo sia riconducibile nella categoria delle misure alternative. Siffatta qualificazione sarebbe incompatibile con il regime dell'espulsione contrassegnato dall'iniziativa officiosa e dalla obbligatorietà e automaticità della sua applicazione. In presenza dei presupposti formali stabiliti dalla legge, difatti, prescindendo da ogni valutazione in merito alle condizioni personali del reo, alla sua pericolosità, agli eventuali pregressi conseguiti per effetto del trattamento penitenziario, ed alle prospettive di reinserimento sociale. Chi sostiene questa tesi ha osservato che "*non avendo l'istituto natura trattamentale né contenuto prescrittivo, si può escludere che si tratti di una misura alternativa*

---

<sup>242</sup> N. SANTI, Op. Cit. p. 160

<sup>243</sup> DEGL'INNOCENTI – FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, II ed. Milano, 2008, pg. 282

*alla detenzione, né pare assimilabile alla sanzione sostitutiva: esso è invero sui generis, perché culmina con un provvedimento incidente sulla liberazione anticipata all'esito di un procedimento giurisdizionale di competenza del magistrato di sorveglianza*"<sup>244</sup>. In quest'ottica è stato osservato che l'espulsione "*è priva di contenuto e finalità rieducative*" e "*..non può, per tali ragioni, ontologicamente assimilarsi né ad una pena, né ad una misura alternativa*" tanto che il legislatore ha utilizzato un *nomen iuris*, sanzione alternativa, volutamente ambiguo.<sup>245</sup>

- Invece una diversa impostazione<sup>246</sup>, attribuisce all'espulsione la natura di causa di sospensione dell'esecuzione della pena così come si evince, in particolare, dal comma 8 della disposizione dell'art. 16 a tenore del quale, decorsi dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione e sempre che l'espulso non sia rientrato illegalmente all'interno del territorio italiano (in quel caso verrebbe ripristinato lo stato di detenzione), si determina l'estinzione della pena.
- In giurisprudenza, invece, si è affermata la natura di misura alternativa, sebbene atipica, la Cassazione infatti definisce l'espulsione "*un'atipica misura alternativa alla detenzione, ai sensi e per gli effetti della legge*

<sup>244</sup> G. DI ROSA, *Il detenuto straniero*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. Il 20.03.2006.

<sup>245</sup> Mag. Sorv. Alessandria ord. 10.12.2002, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), con la quale viene sollevata la questione di legittimità costituzionale della norma in esame con riferimento agli artt. 27 comma, 3 e 2 Costituzione.

<sup>246</sup> M. NIRO, *L'espulsione come 'sanzione alternativa alla detenzione: note critiche'*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)



24 novembre 1981, n. 289, con la conseguenza che non è applicabile il principio di irretroattività "<sup>247</sup>. La Cassazione spesso è intervenuta in materia ribadendo in molte sentenze la natura di misura alternativa. Negli stessi termini, infatti, vi sono la sentenza Cass. Sez. I, 71.03.2008, n. 17255, Lagji, inedita, secondo cui l'espulsione *"costituisce un'atipica misura alternativa alla detenzione, finalizzata ad evitare il sovraffollamento penitenziario"*, la cui adozione, in presenza delle condizioni fissate dall'art. 16, comma 5 è obbligatoria; la sentenza Cass. Sez. I, 18.02.2009, n. 10752, Gega, inedita, secondo cui, in presenza delle condizioni stabilite dalla legge il condannato extracomunitario *"è titolare di un diritto ad essere espulso – giusto il chiaro tenore della norma che utilizza l'espressione: "è disposta l'espulsione" – con esclusione di qualsivoglia potere discrezionale da parte del giudice del merito circa la sua concedibilità o del potere del Pubblico Ministero di rilasciare il nulla osta all'emissione del relativo provvedimento"* ed inoltre Cass. Sez. I, 19.03.2009, n. 15832, Mihai.

- La Corte Costituzionale, all'opposto, con l'ordinanza emessa l'15.07.2004, n. 226 si è pronunciata nel senso della natura amministrativa dell'espulsione prevista dal citato art. 16, comma 5 affermando *"posto che tale misura è subordinata alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disciplinata dall'art. 13,*

---

<sup>247</sup> Cass. Sez. I, 24.01.2006, n. 4429, in *Guida dir.*, Dossier 11/2007, p. 84.

*alla quale si dovrebbe comunque e certamente dare corso al termine dell'esecuzione della pena detentiva, cosicché, nella sostanza, viene solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni".<sup>248</sup>*

Ragioni contrarie al poter catalogare tale istituto come misura alternativa, quindi, sono:

- il dato lessicale della norma, art 16 ultimo comma, ove ci si riferisce all'espulsione quale 'sanzione' alternativa alla pena;
- l'obbligatorietà del provvedimento in presenza dei presupposti di legge, senza alcuna ponderazione delle caratteristiche individuali del destinatario. L'obbligatorietà, in astratto, sembra contraddittoria rispetto alla possibilità di ammettere gli stranieri clandestini o irregolari ai benefici penitenziari, in concreto, renderebbe inutile l'intrapresa del percorso rieducativo tramite la predisposizione di misure alternative al carcere, che costituiscono comunque un onere in termini organizzativi, visto che, al realizzarsi dei presupposti applicativi dell'espulsione, questa andrà eseguita;
- la protrazione dello stato di detenzione fino all'acquisizione dei documenti di viaggio.

Ragioni favorevoli al riconoscimento di natura di misura alternativa all'espulsione possono, invece, essere considerate:

- l'irrilevanza, dopo tutto, del dato lessicale, anche in considerazione

---

<sup>248</sup> Corte Costituzionale, 15 luglio 2004, n.226, in *Giur. Cost.*, 2004, pg. 2375 ss.

che l'uso del termine "sanzione" può essere legato all'accostamento effettuato nell'ambito della disposizione con la sanzione sostitutiva della detenzione fino a due anni;

- l'estinzione della pena, prevista nell'ottavo comma, come effetto del decorso di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione senza che lo straniero sia rientrato illegalmente nel territorio dello Stato. L'esito estintivo quindi appare connesso con la buona condotta del soggetto costituita dal non essere rientrato in Italia in violazione delle norme di legge e ciò può essere ritenuto come il contenuto di una sorta di percorso riabilitativo, secondo la connotazione rieducativa delle misure alternative.

Secondo un'opinione<sup>249</sup>, l'espulsione del quinto comma dell'art. 16 t.u. Costituirebbe una terza tipologia di misura alternativa, diversa cioè sia dall'affidamento in prova al servizio sociale sia dalla semilibertà, in quanto, a differenza delle soluzioni extra murarie contemplate nell'ordinamento penitenziario, che presuppongono comunque l'espiazione della pena, anche se con modalità alternativa, appunto, alla segregazione in istituto, l'espulsione elide ogni contatto con il sistema carcerario, né è funzionale all'intrapresa del percorso riabilitativo. Si tratterebbe di una sorta di condono speciale per lo straniero o di una sospensione della pena con un esito favorevole costituito dalla decarcerizzazione ed uno sfavorevole costituito dall'allontanamento dal territorio dello Stato, peraltro non rinunciabile, diversamente dalle misure

---

<sup>249</sup> Cfr. M. PAVONE, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) dell'11 ottobre 2004.

alternative ordinarie.<sup>250</sup>

## 2.1 Un rimedio al sovraffollamento carcerario?

La Corte di Cassazione, nell'escludere l'applicabilità dell'espulsione ai soggetti sottoposti a detenzione domiciliare<sup>251</sup>, afferma che lo scopo di tale misura sarebbe quello di "*ridurre la popolazione carceraria*". L'art. 27 della Costituzione stabilisce che "*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*". Di fronte al fenomeno del sovraffollamento carcerario, l'Italia si è posta il problema di come poter ridurre la popolazione carceraria, soprattutto in seguito alla sentenza Torreggiani che ha condannato l'Italia ritenendola responsabile di violazioni degli standard minimi di vivibilità e di conseguenza del divieto di trattamento disumano e degradante previsto dall'articolo 3 cedu. In un simile contesto, in cui era già pesantemente e chiaramente delineata una situazione patologica delle strutture carcerarie, si colloca l'intervento della Corte costituzionale che, con la sent. n. 279/2013, nel dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non consente il rinvio facoltativo della pena per il sovraffollamento delle carceri, indirizza un forte monito al legislatore, riservandosi in caso di perdurante inerzia di quest'ultimo, di far cessare, con i

---

<sup>250</sup> Cfr. E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it)

<sup>251</sup> Cass. Pen., sez. I, 12 dicembre 2003, Reda, in *Rep. FI* 2004, Straniero, n. 254

suoi strumenti più incisivi, «*l'esecuzione della pena in condizioni contrarie al senso di umanità*» .<sup>252</sup>

Di fronte, quindi, alle minacce di ben due Corti, quella nazionale e quella internazionale, il legislatore ha dovuto necessariamente predisporre un rimedio che possiamo identificare nell'approvazione, il 19 febbraio 2014, della legge di conversione del d.l. n. 146/2013, c.d. "svuota-carceri", che, secondo le aspettative, dovrebbe portare (e già ha portato) ad una sensibile riduzione della popolazione carceraria. Tale esito si attende sia conseguito grazie alle misure che incrementano gli sconti di pena, potenziano il ricorso agli arresti domiciliari e all'affidamento ai servizi sociali, nonché all'affido terapeutico per i detenuti tossicodipendenti; oltretutto grazie alla previsione di un ricorso più intenso allo strumento del braccialetto elettronico e all'istituto dell'espulsione in alternativa alla detenzione, per gli stranieri irregolari.<sup>253</sup>

L'istituto dell'espulsione, nelle sue modifiche estensive quindi, alla luce di tale decreto, viene utilizzato come strumento finalizzato alla riduzione della popolazione carceraria.

---

<sup>252</sup> G. SORRENTI, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al "seguito" legislativo interno*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

<sup>253</sup> G. SORRENTI, *Op. Cit.*

### 3 Considerazioni conclusive

Per poter analizzare la funzione e poter cogliere la natura ambigua dell'espulsione prevista dall'articolo 16 quinto comma del testo unico dell'immigrazione, è stato necessario ripercorrere l'evoluzione normativa che hanno subito nel tempo i vari istituti analoghi e in generale le politiche di immigrazione via via adottate nel nostro paese.

Le motivazioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre tale misura inizialmente, come è stato già approfondito<sup>254</sup>, furono di natura amministrativa, per la prevenzione e tutela alla pubblica sicurezza. Lo straniero veniva visto come una fonte di pericolo in quanto soggetto estraneo all'apparato giuridico italiano, culturalmente diverso e molto spesso anche ricollegato a problemi di preoccupazione generale quali il terrorismo o la disoccupazione. Con il passare degli anni, dietro alle scelte legislative, sono entrati in gioco numerosi interessi, oltre alla funzione di pubblica sicurezza. Le ultime modifiche legislative, che hanno ampliato il ricorso all'espulsione dello straniero irregolare detenuto, sono state spinte *in primis* dalla necessità di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario. Oltre al problema del sovraffollamento, molto influente è stata la questione dei flussi migratori, che da anni angoschia e interroga il legislatore, e che spesso risponde con soluzioni

---

<sup>254</sup> Com'è stato rilevato nella ricostruzione storica dell'istituto, vedi *Retro* Cap. I

di emergenza che non protraggono a lungo i loro effetti.

Possiamo affermare che queste spinte motivazionali sono state estese anche ad altri settori giuridici e, nello specifico, al diritto penitenziario. Il provvedimento di espulsione previsto dall'articolo 16, comma 5 del testo unico dell'immigrazione, privilegia una funzione di pubblica sicurezza rispetto ad una delle funzioni della pena: quella rieducativa. L'espulsione, nel suo automatismo, priva lo straniero irregolare detenuto di un'esecuzione penitenziaria a tutti gli effetti, e quindi anche di una valutazione in concreto da parte del magistrato di sorveglianza sulla condotta e il recupero del reo. Quello che sorge spontaneo domandarci, è se tale atteggiamento, di automatica esclusione, possa esser ritenuto adatto alla luce dei principi che guidano il nostro ordinamento. La Corte di Cassazione, nell'ammettere la legittimità dell'espulsione a fine pena<sup>255</sup>, afferma che la funzione di risocializzazione e reinserimento non viene meno con tale misura, in quanto il concetto di risocializzazione vada inteso non in senso 'nazionale', bensì sovranazionale. Quello che risulta poco chiaro è come può, una misura come l'espulsione, che non si cura minimamente di disciplinare il comportamento da adottare successivamente al provvedimento, perseguire la finalità risocializzante. Nel momento in cui viene affermato che le misure alternative hanno un diretto fondamento costituzionale nella funzione rieducativa e che sottrarre una categoria di persone (gli stranieri irregolari) a tale trattamento risulterebbe indubbiamente contrario al principio di uguaglianza e canone di

---

<sup>255</sup> Nella sentenza Corte di Cass., sez I, 5 maggio 1982, Schubeyr, *in Rivista* 1982, pg. 817.

ragionevolezza previsti dall'art. 3 della nostra Costituzione<sup>256</sup>, e nel momento in cui nel trattamento, non viene effettuata alcuna discriminazione da parte del nostro ordinamento penitenziario, sulla base della legittimazione o meno della presenza sul territorio dello Stato italiano e della preminenza dei valori costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27 Cost., comma 3)<sup>257</sup> la figura dell'espulsione del detenuto straniero irregolare suona stridente con i valori preminenti nel nostro ordinamento.

Tale figura, in sostanza, è una misura che possiamo descrivere come a due facce: sebbene da un lato risulta coinvolgere il mondo penitenziario, venendo adottata ed utilizzata nei confronti di detenuti rientranti in certe determinate condizioni e divenendo una misura alternativa alla pena stessa, dall'altro si configura come una sanzione meramente amministrativa che attraverso la sua applicazione automatica, priva di alcuna valutazione comportamentale effettiva sul soggetto, punisce, escludendo dal territorio italiano il soggetto irregolare che ha commesso un reato.

---

<sup>256</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. I, 18 maggio 2005, Ben Dhafer Sami, in *FI*, 2005, II, cc. 641 ss.

<sup>257</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. un., 28 marzo 2006, Aloussi, in *Cass. Pen.*, 2006, pp. 3120 ss.



## Indice Bibliografico

**A. ABUKAR HAYO**, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto di regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello stato*, in Cass. Pen. Sez. un. 28 marzo 2006, dep. 27 aprile 2006, n. 14500, Alloussi, p. 3126 ss.

**G. BELLAGAMBA – G. CARITI**, *La disciplina dell'immigrazione*, Milano, 2008.

**F. BERTI e F. MALEVOLI**, *Carcere e detenuti stranieri, Percorsi trattamentali e reinserimento*, Milano, 2004.

**L. BLASI**, *Italiani o stranieri, pena uguale per tutti. Alternative al carcere: si ai clandestini*, in DEG, 2006, 21, p. 38 ss.

**P. BONETTI**, *Ingresso, soggiorno e allontanamento (Profili generali e costituzionali)* in AA. VV., *Diritto degli stranieri*, Padova 2004.

**F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN**, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti, le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, *passim*.

**A. CAPUTO**, *Le misure di sicurezza dell'espulsione dello straniero e dell'allontanamento del cittadino comunitario*, Padova, 2008.

**F. CENTOFANTI**, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, (nota a Cass. Pen. Sez. Un. n. 14500 del 27 aprile 2006), in "Cassazione penale", 2006, X.

**S. CENTONZE**, *L'espulsione dello straniero*, Padova, 2006.

**G. CERTOMA'**, *Il servizio sociale penitenziario tra involuzione e progettualità, Appendice: I diritti degli immigrati, le problematiche dei detenuti stranieri, la dimensione multiculturale del servizio sociale*. Roma, 1995.

**C. CONTI-A.MARANDOLA-G.VARRASO**, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014,

**F.P. CONTUZZI**, *Espulsione di stranieri*, in Digesto Italiano Vol XI, 1895-1898, p. 1015.

**L. CORDI'**, *L'espulsione dello straniero*, Milano, 2011, *passim*.

**L. A. COLARUSSO**, *L'Istituto dell'espulsione dello straniero dall'unità di*, in [www.sarannoprefetti.it](http://www.sarannoprefetti.it)

**C. CONTI-A.MARANDOLA-G.VARRASO**, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014.

**L. DEGL'INNOCENTI**, *Misure alternative alla detenzione e cittadini stranieri presenti nel territorio dello Stato in condizioni di irregolarità*, in *Rivista di polizia*, 2004, n. 1-2, p. 84.

**L. DEGL'INNOCENTI**, *L'espulsione dello straniero come sanzione alternativa alla detenzione*, in *Riv. Di polizia*, 2006, pp. 148 ss.

**L. DEGL'INNOCENTI**, *Stranieri irregolari e diritto penale*, Milano, 2008.

**L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI**, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2008, *passim*.

**A. DELLA BELLA**, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

**DELLA CASA**, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3 Cost. Una debordante interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, Osservazione a Corte cost. 16 marzo 2007 n.78, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, p. 756.

**G. DI ROSA**, *Il detenuto straniero*, Relazione all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. Il 20.03.2006.

**G. DI ROSA**, *Ricade sul magistrato l'assenza di una coerenza sistematica*, in *Guida al diritto*, 3 giugno 2006, n. 22, p. 55.

**L. EINAUDI**, *Le politiche dell'immigrazione in Italia dall'Unità a oggi*, Roma-Bari, 2007, *passim*.

**G. FIANDACA e E. MUSCO**, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1989.

**F. FIORENTIN**, *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.

**F. FIORENTIN**, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Torino, 2013, *passim*.

**F. FIORENTIN**, *Decreto svuotacarceri*, Torino, 2014, *passim*.

**I. GJERGJI**, *Il trattenimento dello straniero in attesa di espulsione: una "terra di nessuno" tra ordine giuridico e fatto politico*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)

**G. GUIDI**, *Espulsione, repulsione, internamento degli stranieri*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1911, p. 379.

**E. LANZA**, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it) *passim*.

**S. LORUSSO**, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008.

**M. NIRO**, *L'espulsione come 'sanzione alternativa alla detenzione: note critiche'*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), *passim*.

**B. NASCIMBENE**, *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, *passim*.

**C. E. PALIERO - F. C. PALAZZO**, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Milano, 2007.

**M. PAVONE**, *L'espulsione dello straniero come misura alternativa alla detenzione*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com) dell'11 ottobre 2004, *passim*.

**M. PELISSERO**, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008.

**E. PUGLIESE**, *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, sec. ed., Bologna, 2006.

**C. RENOLDI**, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, pubblicata su *Dir. Imm. Citt.*, 2004

**C. RENOLDI**, *Le modifiche in tema di espulsione dei detenuti stranieri come sanzione alternativa alla detenzione*, in C. CONTI-A.MARANDOLA-G.VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014.

**P. D. RONZA**, *Diritto dell'esecuzione penale e diritto penitenziario*, Padova, 2006.

**M. RUOTOLO**, *Può la rieducazione assumere connotati "nazionalistici"?*

*Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno.*, in [www.stranieriitalia.it](http://www.stranieriitalia.it) , passim.

**G. SIRIANNI**, *La polizia degli stranieri*, Torino, 1999, passim.

**G. SORRENTI**, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al “seguito” legislativo interno*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)

**S. TOVANI**, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio delle sezioni unite*, in *Rass. Penit. Crimin.*, 2006, p. 175 ss.

**J.J.J. TULKENS**, *Detenuti stranieri: trasferimento e trattenimento*, in [www.rassegnapenitenziaria.it](http://www.rassegnapenitenziaria.it)

**L. TURCO- P. TAVELLA**, *I nuovi italiani: l'immigrazione, i pregiudizi, la convivenza*, Milano, 2005.

**F. D. VAUX DE FOLETIER**, *Mille ans d'histoire des tziganes*, Parigi, 1971

**E. ZACCHERINI**, *Diversità o devianza? Minori zingari e risposte giudiziarie*, in *Osservatorio comunale delle immigrazioni di Bologna, Osservare le migrazioni. Metodi, leggi, studi di caso*, l'Harmattan, Torino, 1998.